

LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES VOIES D'EXÉCUTION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le mardi 14 décembre 1937, à 2 heures

PAR

Michel SOURDILLAT

Président : M. SOLUS, Professeur.

*Suffragants : { M. HUGUENEY, Professeur.
 { M. REGNAULT, Professeur.*

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1937

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES VOIES D'EXÉCUTION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le mardi 14 décembre 1937, à 2 heures

PAR

Michel SOURDILLAT

Président : M. SOLUS, Professeur.

*Suffragants : { M. HUGUENEY, Professeur.
 { M. REGNAULT, Professeur.*

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1937

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les Thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*



INTRODUCTION

« Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers. »

C'est dans cette métaphore juridique que l'art. 2093 du Code civil enserme le principe, énoncé par l'article précédent, selon lequel l'obligé est tenu sur son patrimoine.

Dans quelle mesure la mise en œuvre de ce droit de gage appartient-elle aux particuliers qui doivent en bénéficier ? Dans quelle mesure, la saisie des biens est-elle le seul moyen d'obtenir par la force l'exécution des obligations ?

Ce sont les réponses à ces deux questions qui permettent de caractériser, à un moment donné, un système de voies d'exécution, et par là de mesurer l'efficacité de l'organisation judiciaire correspondante.

Elles feront, dans des proportions inégales, l'objet de cet essai.

L'étude de la première consiste à examiner si, dans le système envisagé, les actes d'appréhension matérielle sont l'œuvre des particuliers ou bien relèvent de personnages publics spécialisés ; dans ce dernier cas il faudra encore savoir si la direction de la procédure d'exécution appartient à celui qui l'entame, ou s'il doit s'effacer après l'avoir mise en marche, soit pour laisser s'exécuter une suite d'opérations rigidement déterminées par la loi, soit pour en partager le contrôle avec l'autorité publique.

L'examen de la seconde amènera à rechercher quels

moyens peuvent être mis à la disposition des particuliers ou de l'autorité publique pour atteindre la personnalité du débiteur dans d'autres éléments que son patrimoine : en dernière analyse, une fois dépassée la période archaïque des procédés tels que l'énigmatique découpage prévu par la loi des XII Tables, ou ceux d'ordre mystique, tels que le jeûne du créancier, des Indous et des Perses, il s'agit là de la privation de liberté individuelle par mesure coercitive ou répressive.

Ces deux questions se ramènent à savoir quel est le rôle de l'autorité judiciaire dans les procédures d'exécution et quelles sont les armes dont elle dispose pour assurer le respect de ses décisions.

La première question elle-même est double, car la prééminence de l'autorité publique se manifeste d'abord dans la nécessité pour le créancier d'obtenir l'assentiment de celle-ci avant d'exercer une emprise matérielle sur les biens du débiteur, et ensuite dans une surveillance plus ou moins minutieuse des actes de l'exécution, une fois celle-ci entamée régulièrement.

Ces deux faces du contrôle judiciaire des voies d'exécution sont également inconnues du droit archaïque, au moins sous une forme accessible à nos moyens de connaissance : à Rome, primitivement, l'exécution la plus brutale peut s'opérer sans qu'aucun magistrat soit appelé à vérifier le bien-fondé de la prétention du demandeur ; ce dernier peut passer à la réalisation de son droit avant de l'avoir déduit en justice : la procédure de la constatation du droit et celle de l'exécution sont confondues dans des voies de fait, rigidement fixées par les mœurs sans doute, mais dont la mise en œuvre est laissée à l'appréciation et aux soins du créancier. Ces deux procédures ne sont même pas encore complètement différenciées à l'époque des actions de la loi : la *manus injectio*, conservée alors comme procédure d'exécution, représente probablement l'institution primitive où les deux instances se trouvent confondues (1).

(1) Cf. notamment : Bonfante, *Hist. du D. R. Trad.* Carrère et Fournier, 1928, t. I, pp. 168 s.

Par la suite, le contrôle judiciaire s'affirme, historiquement, sur la constatation du droit avant de s'exercer sur l'exécution qui reste objet d'initiative privée, quoique enserrée dans une procédure rigide. Il serait sans doute encore possible d'épiloguer sur l'*in jus vocatio* et d'y voir la survivance d'une mainmise sur la personne comme préliminaire obligatoire de toute instance judiciaire. Mais il est inutile d'insister. Une double évolution juridique et politique, en développant la procédure de la *jurisdictio*, devait laisser au second plan celle de l'exécution, qui n'est plus que la conséquence logique et la mise en œuvre matérielle de la première.

La prédominance de l'autorité judiciaire devait même aboutir en Droit Romain à des développements originaux par lesquels cette autorité, négligeant de dire le droit, ordonnait directement, par voie d'interdits, d'envois en possession, la modification qu'elle désirait apporter à un état de choses sur lequel les voies ordinaires n'avaient pas de prise adéquate.

Ces mesures, émanation de l'*imperium* du prêteur, dérogeaient, autant qu'aux voies d'exécution en usage, aux formes judiciaires habituelles, puisqu'elles n'étaient pas la sanction d'une décision du *judex* désigné par ce magistrat. Les auteurs distinguaient alors sans difficulté, dans la fonction judiciaire, la *jurisdictio* de l'*imperium* (1); et la combinaison de ces deux attributs fait apparaître une division tripartite qui devait embarrasser grandement, douze siècles plus tard, les juristes soucieux de l'adapter à l'organisation de leur époque. Il convient de s'y arrêter, car l'erreur commise par ces érudits n'est pas demeurée sans réso-

(1) Sur le caractère militaire de l'*imperium*, inséparable de la puissance publique, cf. Mommsen, *Droit public romain*. Trad. Girard, t. I, p. 135. Il faut retenir que l'absence de séparation des pouvoirs et des fonctions est un des traits de la constitution romaine (*Homo, Institutions politiques romaines*, 1927, pp. 98 s., p. 450), ce qui montre dès l'abord que toute théorie romaine quelque peu précise de la fonction du magistrat est d'avance impossible à transposer dans notre droit public moderne. V. encore sur cette question les auteurs cités par F. Lot (*Fin du Monde antique*) à propos des réformes judiciaires de Dioclétien (*op. cit.*, p. 23).

nance jusqu'à nos jours, et pourrait encore conduire à une conception inexacte de la place tenue par l'autorité des magistrats dans notre droit judiciaire positif.

Le texte qui devait nourrir leurs perplexités est le suivant : Dig. II, 3 Ulpianus lib. II de off. quaestoris : « Imperium aut merum aut mixtum est... » : l'imperium simple ou potestas serait le « jus gladii » ou juridiction criminelle ; l'imperium mixte, dans lequel se trouve aussi la jurisdictio (cui etiam jurisdictio inest), consiste à donner la bonorum possessio. Enfin, la jurisdictio proprement dite est le pouvoir de désigner un juge. Cette dernière définition à elle seule fait apparaître à quel point il s'agit d'un développement purement romain, et même propre à la République et à l'époque classique. Aussi paraît-il bien gênant à nos anciens, désireux de l'accommoder à la hiérarchie judiciaire de leur époque : « nullum juris civilis caput doctorum ingenia magis exercuit » écrit Gouvea (1), après que son adversaire Eguinaire Baron eût déclaré ce texte « nobilis propter obscuritate » (2), non sans essayer un parallèle entre les organisations judiciaires romaine et française. Le Président Favre propose une correction au texte (3) et Loyseau (4) fait cet aveu péremptoire : « C'est, à mon avis, « le plus difficile de tout le Droit Romain, sans exception, « jusques là que Cujas (ce véritable interprète d'iceluy) est « contraint de confesser que la vraie signification de ces « mots merum, mixtumque imperium, et jurisdictio, s'est « perdue avec l'Estat de Rome ». Malgré cette difficulté l'analyse romaine devait jouir d'une vogue considérable chez tous les auteurs de l'Ancien Droit et on la retrouve, avec ou sans référence à Ulpien, chez tous ceux qui essaient de caractériser le pouvoir judiciaire. On ne saurait raisonnablement y voir autre chose qu'une de ces nombreuses références de textes dont nos anciens avaient tendance à abuser, et qui venait ici simplement à l'appui de l'analyse

(1) De jurisd. lib. II adversus Eguinarium Baronem. Toulouse, 1552.

(2) Digestorum seu pandectarum... perpetui commentarii. Paris, 1548.

(3) Conjecturarum, L. IV, c. IV.

(4) Offices, I. VI. 28.

de l'acte juridictionnel, exacte alors, et toujours valable de nos jours, qui dissocie son caractère déclaratif et son caractère impératif, la décision exécutoire et la solution d'un différend.

On rencontre aussi, fréquemment, un autre texte au cours de ce genre de développements, c'est celui de Paul au Dig. I. XXI (De officio ejus cui mandata est jurisdictio) qui se termine ainsi : « quia jurisdictio sine modica coercitione nulla est » (1).

Mais rien d'autre n'en est déduit, par les auteurs systématisant le Droit français, que l'évidente nécessité de la contrainte pour assurer l'exécution des décisions de justice. C'est pour exprimer cette vérité d'ordre général que, par exemple, Jousse écrit (2) : « La juridiction serait illusoire et inutile, si le magistrat qui l'exerce n'avait le droit de contrainte pour faire exécuter ses mandements, et celui de pouvoir réprimer, du moins par une punition modique (modica coercitione) ceux qui sont rebelles à ces mêmes mandements ». Aucune conséquence précise n'est tirée de l'existence de ce pouvoir de « mandement ». Loyseau (3) ne voit dans la coercitio que le moyen pour le juge de « maintenir sa juridiction » : il « peut faire arrêter le sergent, qui distrait ses subjects, et le condamner à l'amende ».

Faut-il dès lors aller plus loin et voir dans le souci montré par nos anciens auteurs de conserver l'idée romaine, le désir qu'ils auraient eu de justifier l'existence d'un pouvoir de commandement s'exerçant par d'autres voies que la condamnation contenue dans un titre exécutoire ? Les juges eurent-ils dans l'Ancien Droit la possibilité d'ordonner directement un résultat souhaitable en dehors de toute décision sur le fond ? Eurent-ils, surtout, la faculté de sanc-

(1) La portée véritable de cette coercitio, nettement différenciée des peines criminelles, paraît d'ailleurs obscure à l'époque classique. Mommsen (D. pénal romain. Trad. Duquesne, t. I, p. 38 s. *passim*) y voit la survivance d'une plénitude originaire de pouvoirs du magistrat, un vestige d'arbitraire. Mais il ne la montre pas comme susceptible d'être mise au service de règlements d'intérêts entre particuliers (cf. Droit public. Trad. Girard, t. I, p. 158 s.).

(2) Traité de l'Administration de la justice, I, I, I.

(3) *Op. cit.*, I. VI. 90.

tionner ces ordres par des peines indépendantes de toute idée de réparation ? L'affirmative a été soutenue avec toute l'autorité de la science par A. Esmein, dans un article, paru dans la Revue trimestrielle de Droit civil de 1903, p. 5, et destiné à démontrer historiquement « L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes ».

Sa thèse est la suivante : dans l'Ancien Droit, le juge avait « le droit de donner des ordres aux justiciables et de les « sanctionner par des peines, quand cela était nécessaire « pour la bonne administration de la justice ; de même « qu'il avait le pouvoir de faire exécuter ses sentences » (*loc. cit.*, p. 39). Et cette conception survivrait dans le droit actuel, y étant consacrée par l'art. 1036 C. proc.

L'auteur fait apparaître cette conclusion, en ce qui concerne l'Ancien Droit, par le rapprochement de deux séries de textes : d'une part les commentaires apportés par les anciens auteurs au titre 57 du livre 7 du Code Just. « Comminationes, epistulas, programmata..., etc. », où se trouveraient les précédents de « l'astreinte » de la jurisprudence moderne, et d'autre part, les adaptations, rapportées ci-dessus, des textes du Digeste relatifs à l'autorité judiciaire.

Ce rapprochement, qui est la matière même de sa thèse, se trouve, selon lui (*op. cit.*, p. 38), chez Guillaume Durand (1). Ce dernier expose incontestablement un système d'astreinte, paraissant, à vrai dire, ne s'exercer qu'au cas de condamnation à payer une somme d'argent ; une semblable condamnation, explique-t-il, conditionnelle ou comminatoire, au double ou au triple (2), est un « praeceptum », c'est une des quatre espèces de « sententiae judiciales » (les autres étant « interlocutoria, diffinitiva, et mulcta ») ; et Durand explique que cette espèce de sentence intervient au cas d'aveu du défendeur ; alors le juge « sine alia causae cognitione praecipiet quod certo termino solvat » c'est pourquoi cette condamnation ne porte pas le nom de sentence, « quia ordo judicarius non est servatus ».

(1) Ed. Francf., L. II, Part. II, § 1.

(2) Cf. Dig., VII, LVII, 4.

Or c'est de cet unique texte qu'A. Esmein déduit, comme une conséquence nécessaire, qu'au ^{xiii}^e siècle on justifiait les astreintes « non en les rattachant au pouvoir juridictionnel des juges, pris au sens étroit du mot, mais à un pouvoir plus large, à un droit de commandement qui leur appartenait aussi ».

Les explications même de Durand permettent de conserver un doute sur la portée de cette assertion. De même, on ne saurait attribuer de valeur décisive au fait que les juges ecclésiastiques, au moins les ordinaires, exerçaient ce commandement, alors que d'après Esmein lui-même il faut voir là l'exercice par le juge d'un pouvoir administratif en même temps que judiciaire (*loc. cit.*, p. 40) (1).

Tous les autres textes cités par l'article examiné se rattachent encore plus nettement à l'un des deux groupes de textes ci-dessus. Que des astreintes ou des mesures analogues aient pu être prononcées sous l'Ancien Droit, cela semble possible ; encore certains exemples paraissent-ils bien peu caractéristiques : entre autres celui tiré du « Nouveau Protocole » sur la commission du « premier sergent de la Prévosté sur ce requis » afin de procéder à la réfection d'un puits indivis en recouvrant le prix des travaux sur chacun des intéressés (*loc. cit.*, p. 42) : cette décision ne paraît avoir aucun caractère comminatoire, mais semble au contraire définitive, ne prévoyant de retour devant le juge qu'au cas d'opposition — de même on reconnaît diffi-

(1) Sur le pouvoir, particulier au juge ecclésiastique, d'assortir ses décisions de peines spirituelles, cf. Paul Fournier, *Les officialités au Moyen Age*, p. 229. Il est d'ailleurs intéressant de noter qu'en Angleterre, la procédure du contempt of court, exemple connu de répression, par l'autorité judiciaire, de la désobéissance à ses mandements (cf. *infra*, p. 91 s.) a succédé pour une grande part, comme mesure de coercition, à la disposition des cours ecclésiastiques, à l'excommunication, qui n'existe plus que dans quelques cas (*Ecclesiastical Courts act. 1813*) : le writ d'exécution « de contumace capiendo » a remplacé l'ancien writ « de excommunicato capiendo ». Les juges ecclésiastiques se reconnurent même le droit, d'après Guyot (*Répertoire*, t. IX, 1784, v^o Juridiction, p. 662, col. 2), non seulement d'excommunier « ceux qui étaient en demeure de payer les sommes par eux dues » et de faire pression par des peines spirituelles sur les juges laïcs, mais encore de joindre eux-mêmes « aux censures des amendes pécuniaires, ce que dans l'origine les juges d'église n'avaient point le pouvoir de faire ».

cilement les astreintes dans les défenses par lesquelles les juridictions consulaires pouvaient assurer l'exécution de leurs sentences et le respect de leur compétence (*loc. cit.*, p. 44) ; il y a là d'ailleurs l'idée même exprimée par Loyseau dans le passage précité (1). En tout cas l'explication historique de ces décisions judiciaires particulières en est rapportée par les auteurs anciens au texte du Code « comminationes » ou, dans le cas spécial où il s'agit de sanctionner la défaillance de l'arbitre, aux textes du Dig. IV. 8. 3. et IV. 8. 35 (2).

Au contraire, les textes où il est question d'« imperium », et même de « coercitio » figurent dans des développements généraux sans aucun lien avec les précédents. Il en résulte simplement, ainsi qu'on l'a dit plus haut, que pour les anciens auteurs, comme pour nous, ce qui caractérise le juge de droit commun ce sont : le caractère exécutoire du jugement ou de l'ordonnance, la connaissance des difficultés d'exécution, le caractère territorial de la juridiction (3). Et s'il est parfois question chez eux du « commandement », il n'est fait mention pour autant ni d'une forme spéciale d'autorité s'exerçant, pour donner définitivement satisfaction au demandeur, autrement que par une décision juridictionnelle en forme ordinaire, ni, surtout, de sanctions comminatoires spécialement destinées à assurer l'efficacité

(1) Malgré l'absence d'une véritable théorie des astreintes chez les auteurs et praticiens français de la fin de l'ancien régime, on pourrait se demander si des décisions judiciaires n'en présentent pas des exemples ; pour être certain du contraire il faudrait procéder à un dépouillement minutieux des registres du Parlement de Paris. Des recueils tels que le Journal des Audiences ne nous ont rien apporté à ce sujet. Quant aux répertoires, seule à notre connaissance la dernière édition (par Camus) de la Collection de Denisart (1783-1807) eût-elle apporté des développements intéressants : on y lit au mot « amende » ces quelques mots : « nous appelons amende arbitraire celle qui, sans être autorisée par une loi particulière, peut être quelquefois prononcée par un juge, pour vaincre la résistance d'une partie à des injonctions plusieurs fois répétées », avec un renvoi au mot Injonction. Or la publication de ce recueil s'arrêta au mot : Indignité...

(2) Cujas, ad tit. LVII, lib. VI Codicis, Mornac in codicem ad eumd tit. Claude de Ferrière, jurispr. du Code de Justinien, 1684, t. 2. Jurispr. du Digeste, 1687, VI, Mornac in l. 15 de recep., IV, 8.

(3) Auteurs cités par Esmein : Bodin, l. III, chap. V ; Loyseau, Offices, L. I, chap. V ; Jousse, Administration de la justice, p. 1, tit. I, art. 1 ; D'Argentré, Comment. Cons. Brit.

des jugements et ordonnances (Bodin dans le chapitre précité expose que le « mandement », à la différence de la décision sur le fond, peut être révoqué, mais qu'il n'en est pas moins obligatoire : théorie encore valable de nos jours pour les ordonnances sur requête, voire de référé, mais qui n'amorce en rien une justification des astreintes).

On peut donc douter sérieusement de l'existence dans l'Ancien Droit d'un pouvoir éminent des magistrats qui leur aurait permis d'émettre des ordres et de les sanctionner. C'est en tout cas une explication des condamnations à astreinte qui ne repose que sur des hypothèses de doctrine.

Ce qui est incontestable, et ce que A. Esmein a d'ailleurs relevé, c'est que le caractère arbitraire des dommages-intérêts permettait au juge de prononcer des condamnations à caractère répressif sans encourir les critiques que certains juristes modernes adressent à la jurisprudence contemporaine en matière d'astreintes.

Ce n'est pas là d'ailleurs la partie la plus discutable de la construction historique de la Revue Trimestrielle. Quelqu'aient été les pouvoirs réels des magistrats de l'Ancien Régime, il est certain que la législation actuelle ignore un pouvoir de commandement analogue à celui qu'a créé l'Equity Anglo-Saxonne : c'est pourtant à la survivance de ce pouvoir que conclut A. Esmein.

Pour admettre cette continuité, l'article étudié se fonde sur deux textes : les développements doctrinaux d'Henrion de Pansey, et les travaux préparatoires du Code de procédure civile. Sur Henrion de Pansey, il paraît inutile de s'arrêter : sa théorie générale du pouvoir judiciaire ne diffère pas de celle des anciens auteurs : encore moins que chez ceux-ci y peut-on trouver le germe d'un commandement s'exerçant de façon indépendante de la juridiction. C'est par un singulier abus qu'on prétendrait isoler de ses explications les termes « prescrire ou défendre », « ordres », alors que sa pensée est exprimée finalement en ces termes (1) :

(1) Autorité judiciaire, éd. 1818, p. 143.

« En résumant cette théorie, on voit que l'Autorité Judiciaire a deux parties, très distinctes, la juridiction et le commandement ; que la juridiction est concentrée dans le double droit de connaître des procès et de les terminer par des jugements ; et que, par son union avec la juridiction, le commandement se modifie de manière que tous ses mouvements sont réglés par la loi et qu'il ne peut agir que pour faire exécuter les décrets de justice ». Point n'est besoin d'insister sur un texte aussi peu concluant.

Quant aux travaux préparatoires du Code de procédure, ils reflètent une conception singulièrement restrictive des pouvoirs du juge. Le titre « des dispositions générales » où figure l'art. 1036 dans lequel A. Esmein entend trouver la consécration de sa thèse, a donné lieu à ce sujet à une déclaration des plus nettes. Elle n'a pas été émise, il est vrai, à propos de l'article examiné, mais de l'article initial, devenu l'art. 1029 ; cet article est légitimement exclu par Esmein du présent débat, mais il suffit de citer le discours du Tribun Mallarmé pour montrer la portée générale de la déclaration en question (1) :

« Il est permis de douter, disait M. le Premier Président Lamoignon dans ses savantes conférences sur l'ordonnance de 1667, si les meilleures lois sont celles qui laissent le moins à l'office du juge. Deux grands hommes de l'antiquité ont été partagés sur cette question. L'un voulait que le principal souci du Gouvernement fût de choisir des juges instruits et vertueux, et qu'après les avoir choisis tels, il leur laissât une grande liberté dans les jugements, parce qu'étant comme des lois vivantes, les juges agiraient bien mieux pour la justice que les lois écrites, qui sont inanimées. L'autre soutenait, au contraire, qu'il fallait laisser le moins de liberté qu'il se pouvait aux juges, parce que la loi, étant un esprit sans passion, décidait avec plus d'impartialité et de raison que les hommes ne pouvaient le faire. C'est ce dernier motif qui a dicté la disposition dont il s'agit ».

(1) Locré, XXIII, p. 444.

Lorsque, au contraire, on est arrivé à l'article prévoyant les « injonctions », il est à peine besoin d'allonger la citation faite par A. Esmein pour en faire apparaître la faible portée. « Puissent-ils (les juges) user, avec une inflexible « sévérité, du pouvoir que leur donnera la loi de prononcer des injonctions, de supprimer, dans les causes dont « ils seront saisis, les écrits calomnieux qui porteraient « atteinte à l'honneur et à la réputation des parties ! Il « n'est que trop fréquent de voir les plaideurs recourir à « la calomnie et à la diffamation, dans la vue de rendre « leurs adversaires odieux, etc... » (Cpr. d'ailleurs sur la portée du terme « injonction » la rédaction de l'art. 1036 du C. P. C. avec celle de l'art. 41 de la loi du 29 juillet 1881).

Il semble donc fort hasardeux d'induire de tout cela la survivance jusqu'à nos jours d'un droit de commandement sanctionné par des dommages-intérêts employés comme moyens de contrainte (1). C'est pourquoi l'astreinte ne prendra pas place dans la présente étude, ne pouvant être considérée comme l'exercice d'une prérogative particulière des juges destinée à assurer l'efficacité de leurs décisions sur le fond. Qu'elle permette sur un débiteur solvable une pression destinée à obtenir l'exécution rapide de certaines obligations telles qu'une obligation de faire, et par là qu'elle vienne renforcer une condamnation « directe » ou « spécifique », sans doute. Mais elle se résout finalement, elle aussi, en une condamnation à des dommages-intérêts dont l'exécution forcée éventuelle ne diffère en rien de celle des autres titres exécutoires : ni l'autorité judiciaire ni le créancier n'y trouvent donc, en réalité, un instrument

(1) Par un arrêt de principe du 24 janv. 1924 la Cour de cassation belge a repoussé l'emploi des astreintes, sur conclusions conformes du Procureur Général Vicomte Terlinden (Pasic., 1924.1.151), demandant à la Cour d'arrêter « les juridictions de fond sur la pente sur laquelle elles s'engagent, à la suite des tribunaux français, et qui doit fatalement les conduire à des excès de pouvoir et à l'arbitraire ». Ce magistrat, dans un exposé doctrinal d'une grande tenue, distingue nettement le rôle du magistrat en droit romain de celui qu'il a de nos jours : « On a invoqué, « déclare-t-il, je ne sais quel texte d'Ulpien, au Dig., permettant « omni-bus magistratibus... jurisdictionem suam defendere poenali judicio », « mais on avait oublié qu'en droit romain la résistance aux décisions de « justice était un délit. »

particulier destiné à assurer leur emprise sur le patrimoine du débiteur : la condamnation à une astreinte, lorsqu'elle est passée en force de chose jugée, se heurte comme toute autre à la mauvaise volonté finale du défendeur : le droit de gage du créancier ne s'en trouve pas mieux armé.

Doit-on pour autant considérer comme vaine et condamnée d'avance toute distinction entre la fonction de dire le droit et celle d'ordonner, ou tout au moins d'autoriser, les mesures d'exécution qui sanctionnent la décision ? L'étude du contentieux de l'exécution montrera au contraire que ces deux fonctions, qu'il est facile de distinguer en théorie, sont encore fréquemment séparées en pratique. On a rappelé plus haut que le contrôle judiciaire de l'exécution forcée pouvait s'exercer sous deux formes :

1° Vérification préalable du droit du créancier, et c'est en droit moderne l'obligation pour le créancier, avant de poursuivre le débiteur, d'obtenir une décision de justice exécutoire ou d'être muni d'un acte ayant la même force ;

2° Contrôle de la procédure d'exécution entamée en vertu de ce titre, que le juge soit appelé à statuer sur les difficultés d'une procédure qui normalement ne se déroule pas devant lui, ou bien que cette procédure soit à certains égards une véritable instance, comme la saisie immobilière.

Mais il y a plus : l'instance au fond est généralement longue ; si courte fût-elle, elle ne donnerait pas moins au créancier désireux de se dérober à ses obligations le temps nécessaire pour faire disparaître tout ou partie de son patrimoine saisissable, gage du créancier. Permettra-t-on au créancier de s'assurer une emprise matérielle sur les biens du débiteur avant d'avoir définitivement prouvé son droit ? C'est là tout le problème des mesures conservatoires et de l'exécution provisoire. Il y aura mesure conservatoire lorsque le demandeur sera autorisé, avant d'avoir obtenu une décision sur le fond, à faire soustraire à la libre disposition du débiteur certains éléments du patrimoine de ce dernier ; il y aura exécution provisoire lorsqu'une décision juridictionnelle sera interve-

nue, mais remise en question par une voie de recours, et que néanmoins l'exécution en sera poursuivie.

Le danger de pareilles procédures n'échappe pas : en réalité, elles sont un compromis, assez représentatif d'un état de droit déterminé, entre le besoin d'efficacité et le souci de légalité, c'est-à-dire, en dernière analyse, entre l'intérêt immédiat du créancier et celui du débiteur. Les procédés archaïques dont il a été question plus haut satisfaisaient à l'extrême au désir d'efficacité, aux dépens de la liberté de la personne exécutée. Le problème est le même, quoique d'une moindre gravité, transporté dans la procédure moderne, et particulièrement en Droit français où cependant la liberté d'aller et venir n'est pas en jeu : toute inhibition, même simplement patrimoniale, est une restriction à la liberté individuelle ; partant, les motifs déterminants du législateur ne seront pas uniquement techniques, mais politiques, au sens le plus élevé de ce terme. En ce sens, si l'on accueille les vues subtiles de certains auteurs italiens modernes, pour qui le « *processo di esecuzione* » et le « *processo di cognizione* » peuvent en pure logique se dérouler indépendamment l'un de l'autre, ou souscrire entièrement à cette proposition du professeur Carnelutti (1) : « *Una convenienza politica, non una esigenza logica, giustifica la normale precedenza del processo di cognizione sul processo di esecuzione* ». En pratique, satisfaction sera donnée aux intérêts du débiteur par le contrôle judiciaire des mesures conservatoires : ce sont, dans la presque totalité des cas, les juges qui autoriseront le créancier à prendre certaines mesures de sûreté permettant d'attendre la décision sur le fond sans craindre de voir celle-ci rester lettre morte. Quant à l'exécution provisoire, ce sont les juges même du fond qui auront, le cas échéant, à la prononcer : ce faisant, ils seront eux aussi, juges des mesures destinées à sanctionner un droit dont l'existence n'est pas définitivement établie. Dans les deux cas, ils devront peser la gravité de la mesure, son caractère irréparable, l'urgence,

(1) *Diritto processuale civile*, t. 2, n° 79.

et, souvent, la probabilité de la décision judiciaire à intervenir. Le provisoire, catégorie intermédiaire entre le fait et le droit, comme l'exécution elle-même, est une mesure de fait permise ou prescrite au vu de l'éventualité d'un état de droit. En ce domaine, la décision est juridiquement indépendante de la déclaration du droit : c'est en ce sens seulement qu'on peut parler de distinction comparable à celle de la *jurisdictio* et de l'*imperium* (1).

Dans une première partie seront étudiés, sous l'angle du contrôle juridictionnel, les procédés d'emprise sur le patrimoine du débiteur offerts au créancier avant l'obtention d'un titre exécutoire inattaquable. Nous y distinguerons deux périodes, selon qu'une décision judiciaire sur le fond, sera ou non, intervenue (Chap. I et II).

On s'étonnera peut-être de l'adjectif « juridictionnel » et du terme de « contentieux » que nous employons pour caractériser un contrôle de l'autorité judiciaire qui se différencie précisément des fonctions habituelles de celle-ci (*jurisdictio*) pour se rapprocher de mesures d'autorité ne résolvant pas de question juridique (*imperium*) : mais si le juge n'y tranche pas de débat sur le fond, il n'en doit pas moins mettre fin à un désaccord : nous nous expliquerons mieux sur ce sujet après ces deux premiers chapitres (cf. conclusion de la 1^{re} partie).

Dans une seconde partie sera examinée la situation des parties, une fois qu'existe au profit de l'une contre l'autre un titre qui ne peut être remis en question : l'étude devra être double : ce sera d'une part le problème de la répression de la carence frauduleuse du débiteur, et d'autre part le contrôle judiciaire sur la procédure d'exécution menée ou mise en mouvement par le créancier (Chap. I et II de la 2^e partie).

Cette seconde partie, comme la première et peut-être de

(1) Cf. Ponelle, Le référé en cours d'instance. Exposant ce caractère de « jugement sans dire droit » qui est tout spécialement celui de l'ordonnance de référé, l'auteur, un praticien, explique (p. 232) que : « le pouvoir de juger comporte deux éléments qui *rappellent* l'*imperium* et la *jurisdictio* du préteur romain. »

façon plus sensible, fera apparaître, commandant les solutions techniques, les motifs politiques et sociaux : l'Histoire romaine nous rapporte de célèbres émeutes par où les prérogatives matérielles des créanciers commencèrent de subir l'affaiblissement progressif qui parut à beaucoup le symptôme de la civilisation : (1) que cette tendance paraisse de nos jours moins uniforme et moins souhaitable, qu'il existe un courant d'idées favorable à l'exercice de la coercition physique contre le débiteur, ce n'est là qu'un accident normal de la pensée humaine : il n'y a rien de surprenant à voir les juristes continentaux admirer aujourd'hui l'institution Anglo-Saxonne du *contempt of court* (cf. chap. I, 2^e partie) qui paraissait il y a cinquante ans une injustifiable survivance d'arbitraire judiciaire (2). Il sera, peut-être, également intéressant de montrer que, si le droit de l'exécution est habituellement rétrograde, il peut à l'inverse servir d'instrument pour modifier certaines positions juridiques, sinon dans leur théorie du moins dans leur application. Que si, pour apaiser les récriminations des débiteurs, on modifie en leur faveur la procédure d'exécution, c'est bien d'une pression, indirecte mais efficace, sur le droit lui-même, qu'il s'agit : ainsi le but est atteint sans qu'il ait été besoin, en apparence, de résoudre aucun problème de fond.

Contre la tentation de procédés législatifs aussi faciles, c'est sans doute en vain que la voie du légiste romain nous apportera, avec les derniers échos de la conjuration de Catilina, l'expérience des guerres sociales : « *Ab hoc igitur genere largitionis, ut aliis detur, aliis auferatur, aberunt ii, qui rempublicam tuebuntur ; in primisque operam dabunt ut juris et judiciorum aequitate suum quisque*

(1) Le spirituel Président de Montesquieu avait bien aperçu le caractère symptomatique des réformes juridiques obtenues à la faveur de ces secousses sociales. Ainsi, après avoir rapporté les circonstances qui rendirent, avec la loi *Poetilia Papiria*, purement juridique le lien obligatoire jusque-là matériel, il écrit (*Esprit des Lois*, XII, XXI) : « Depuis ce temps, les créanciers furent plutôt poursuivis par les débiteurs pour avoir violé les lois faites contre les usures, que ceux-ci ne le furent pour ne les avoir pas payés. »

(2) Cf. Francqueville, *Système judiciaire de la Grande-Bretagne*. Paris, 1893, t. 2, p. 26 s., notamment p. 28 et 29.

« teneat... » (De officiis, II, XXIV) : Ceux qui veilleront sur la République se garderont de ce genre de largesse par lequel on donne aux uns en prenant aux autres : et ils s'appliqueront tout d'abord à ce que chacun conserve son bien dans l'impartialité du droit et de la procédure.

PREMIÈRE PARTIE

**Contrôle des mesures
d'exécution lato sensu
antérieures à l'obtention
d'un titre exécutoire.**

CHAPITRE I

Contentieux des mesures conservatoires.

I. Nécessité des mesures conservatoires. Rôle du contrôle judiciaire de celles-ci. — Lorsqu'une obligation n'est pas constatée par un titre authentique, dont la formule exécutoire aurait pour effet de mettre la force publique au service du créancier, celui-ci doit s'adresser à la justice pour obtenir à la fois la constatation officielle de son droit et le moyen de forcer par un emploi légal de la contrainte la volonté rebelle de son adversaire. Mais si ce dernier est décidé à se dérober à toute poursuite, il n'attendra pas la fin d'une instance, qu'il s'ingéniera d'ailleurs à prolonger, pour mettre son patrimoine, voire sa personne, à l'abri de toute emprise : et même si, de bonne foi, il se trouve dans une situation patrimoniale désespérée, ses créanciers assisteront, impuissants, à la dilapidation de certains éléments de leur gage dont la conservation leur eût procuré une satisfaction au moins partielle. En dehors même des obligations de verser une somme d'argent ou de celles qui se résolvent finalement en cela, lorsque le règlement d'une situation de fait est l'objet d'une instance, il peut y avoir intérêt à assurer immédiatement une modification, ou, au contraire, la fixation, de l'état de choses existant, faute de quoi la décision dernière risque de demeurer vaine.

Il est donc d'une bonne administration de la justice de prévoir, dès l'introduction d'une instance ou même auparavant, des mesures de nature à assurer à la décision recher-

chée le maximum d'efficacité. Mais aussitôt le danger apparaît, en même temps qu'un certain illogisme, qu'il y a à donner au créancier une satisfaction, même partielle, même provisoire, même conditionnelle, alors que son droit est si peu prouvé qu'il fait précisément l'objet d'un procès, et que ce dernier est destiné à offrir au débiteur toutes les garanties de discussion possible avant de permettre la coercition.

Que l'autorité judiciaire, appelée à juger le fond du droit, soit également appelée à contrôler ces mesures, c'est la solution qui s'impose naturellement à l'esprit : l'équité du compromis à établir entre l'intérêt du débiteur et celui du créancier, entre le danger de la violence privée et celui de la fraude, sera l'œuvre du juge; tantôt le juge compétent sur le fond, tantôt une juridiction plus rudimentaire, seront appelés à apprécier l'opportunité de telle mesure à prendre, et à accorder au demandeur l'autorisation de procéder à certaines voies d'exécution, sans pour autant résoudre un litige.

C'est d'ailleurs là un idéal qui n'est pas toujours réalisé avec le même bonheur : l'insuffisance du contrôle judiciaire a pu, ou peut encore parfois laisser place à un arbitraire nocif de la part du créancier. Il pourra même y avoir, dans une législation donnée, entre la mesure de sûreté que peut autoriser le magistrat et la dette dont il s'agit de sauvegarder le recouvrement, une disproportion qui paraîtrait choquante au regard de législations plus libérales.

II. Mesures conservatoires de la personne du débiteur éventuel. — Il en est particulièrement ainsi lorsque, l'exécution civile sur la personne étant possible sous une forme quelconque (cf. infra. 2^e p. ch. I), la mesure conservatoire pourra s'exercer sur la personne même du débiteur prétendu. Ainsi la législation allemande prévoit-elle, parmi les mesures provisoires d'urgence (*arrestbefehl*), l'arrestation personnelle du débiteur avec l'autorisation du juge lorsqu'il y a danger pour la conservation du gage du créancier (918 Z.P.O.). Une pareille mesure a été jugée

incompatible avec l'ordre public français lorsque ce dernier s'étendit à nouveau sur l'Alsace et la Lorraine recouvrées. « On ne saurait nier » dit un arrêt du Tribunal Supérieur de Colmar du 3 octobre 1921 (1) « que la loi de 1867 (2) « constitue une disposition d'ordre public ; qu'elle intéresse « la souveraineté nationale, et qu'elle est par cela même « incompatible avec les règles posées par l'art. 918 C. proc. « allemand ; qu'ainsi, et à ce double point de vue, on doit « décider que les dispositions relatives à la contrainte personnelle sont inapplicables à l'Alsace-Lorraine comme à « l'ensemble du territoire français. (3) »

L'arrêt personnel peut d'ailleurs, en législation, être employé, non comme une exécution anticipée, mais comme la simple conservation d'un moyen de preuve : en Droit Anglais, le demandeur qui a de sérieuses raisons de croire que le défendeur est sur le point de quitter l'Angleterre et que cette absence sera préjudiciable à son action, peut demander à l'un des juges des Cours Supérieures l'emprisonnement du défendeur pour une période inférieure ou égale à six mois (Debtors Act, 1869, sec. 6) : c'est la pratique du writ « ne exeat regno ». Le créancier doit prouver pour la mettre en jeu la cause de son action supérieure à cinquante livres, et la nécessité de la présence du débiteur pour la manifestation de la vérité (preuve par comparution personnelle) : la reconnaissance par le défendeur des faits allégués le mettrait à l'abri de l'arrestation.

Le Code de procédure civile de la province de Québec rédigé en 1867 et révisé en 1897 qui offre un curieux mélange d'institutions anglaises et de survivances de la cou-

(1) D. 1923.2.89, n. Chéron.

(2) Il s'agit de la loi abolissant la contrainte par corps. Cf. *infra*, chap. I de la 2^e partie, p. 87.

(3) Cette conception d'ailleurs s'imposait-elle en la circonstance ? M. Niboyet a au contraire exprimé l'opinion que la loi du 17 octobre 1919 « a « nationalisé » des lois qui étaient allemandes pour en faire des lois françaises ». Il suit de là, a-t-il écrit, « que les lois locales d'Alsace et de Lorraine dans l'ensemble de leurs dispositions, ne sont pas contraires à l'ordre public français » (Conflits entre les lois françaises et les lois locales, 1923, p. 116). A vrai dire les applications faites par l'auteur du principe ainsi posé ne portent pas sur les voies d'exécution.

tume de Paris, avec des emprunts purement rationnels à d'autres législations étrangères, règle en son chapitre XXXIII le *capias ad respondendum*, mesure conservatoire de la personne : le créancier peut obtenir, en même temps qu'est émis le bref d'assignation (*writ of summons*), ou bien en cours d'instance (art. 897), un bref d'arrestation (*writ of capias*) « dans le cas où il lui est dû personnellement une dette de cinquante piastres (dollars) ou plus, « que la dette ait été créée ou soit payable dans les limites « des provinces de Québec et d'Ontario, et que le défendeur : 1° est sur le point de quitter les provinces de « Québec et d'Ontario avec l'intention de frauder ses « créanciers en général ou le demandeur en particulier, « et que le demandeur sera ainsi privé de son recours « contre le défendeur ; ou : 2° cache ou soustrait, ou a « caché ou soustrait, ou est sur le point de cacher ou de « soustraire ses biens avec l'intention de frauder ses créanciers en général ou le demandeur en particulier, et que « le demandeur sera ainsi privé de son recours contre le « défendeur, ou 3° est un commerçant qui a cessé ses paiements et qui a refusé, bien que dûment requis, de faire « cession de ses biens pour le bénéfice de ses créanciers » (art. 895, texte français). Ici le contrôle de la mesure conservatoire n'est pas à proprement parler juridictionnel : le writ, comme celui d'assignation, est émis par le protonotaire ou le greffier de la Cour Supérieure (art. 902), mais il faut remarquer que ces auxiliaires de la justice ont, dans le Droit Anglo-Saxon, des attributions beaucoup plus étendues que dans l'organisation judiciaire latine. L'art. 903 C. proc. oblige l'officier à se convaincre « de la suffisance des allégations du créancier. »

Une fois admis le principe de la saisie conservatoire sur la personne, sur autorisation de certains fonctionnaires judiciaires, on concevra aisément que le créancier puisse obtenir à plus forte raison, en s'adressant aux mêmes personnages, l'émission d'un writ d'attachement, ou saisie-arrest (art. 931, cf. *infra*, p. 29).

L'Ancien Droit Français, qui connaissait la contrainte par

corps (1) (connaissait également les mesures de sûreté sur la personne du débiteur : la saisie foraine de notre Code n'est qu'une survivance de mesures provisoires qui allaient autrefois jusqu'à l'arrestation personnelle. L'ordonnance de 1667, qui restreignit considérablement le domaine d'application de la contrainte par corps avait laissé sur ce point subsister les privilèges d'arrêt des villes et marchés qui en bénéficiaient (tit. XXXIV, art. 5, tit. XI, art. 11). Le contrôle de cette procédure n'était pas toujours proprement judiciaire, car il était parfois remis à des représentants de l'autorité municipale : la matière était dominée par des privilèges de bourgeoisie.

Un système analogue, et d'une application plus générale, existait encore au xix^e siècle à l'égard des étrangers, puisqu'une loi du 20 septembre 1807 disposait (art. 2) : « avant le jugement de condamnation, mais après l'échéance ou l'exigibilité de la dette, le Président du Tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel se trouvera l'étranger non domicilié pourra, s'il y a de suffisants motifs, ordonner son arrestation provisoire sur la requête du créancier français ». L'étranger se libérait en donnant caution ou en justifiant de la possession, en France, d'un fonds de commerce ou d'immeubles (art. 3). Ce système fut maintenu par la loi du 17 avril 1832 qui développa le contrôle judiciaire de cette mesure : le créancier (art. 15) était « tenu de se pourvoir en condamnation dans la huitaine de l'arrestation » sinon la mise en liberté était prononcée en référé. L'appréhension conservatoire de la personne du débiteur a été abolie, avec l'emprisonnement pour cause purement civile ou commerciale, par la loi du 22 juillet 1867 (2). Mais cette dernière loi a laissé subsister l'incarcération conservatoire du failli prévue par l'art. 455 du Code de commerce (3).

(1) Les juges, dans le dernier état du droit, jouissaient d'un entier pouvoir d'appréciation sur son opportunité (Ord. 1667, tit. XXXIV, art. 2 et 3 ; Ord. 1673, tit. VII, art. 1 et 2).

(2) Cf. *infra*, p. 87.

(3) Cf. *infra*, p. 98.

III. — Mesures conservatoires sur les biens dans l'ancien droit français et dans quelques législations étrangères. — Si nous passons aux mesures conservatoires portant uniquement sur les biens, il faut remarquer que dans notre Ancien Droit, la saisie-arrêt n'était pas une notion unique : elle pouvait être dirigée contre des biens se trouvant entre les mains du débiteur : en ce dernier cas on lui donnait plus volontiers le nom de simple arrêt.

Pothier expose que celui-ci a lieu : « lorsque le créancier se contente de signifier au débiteur de son débiteur qu'il arrête tout ce qu'il doit à son débiteur, sans assignation pour faire la déclaration de ce qu'il doit, et en faire délivrance entre les mains des créanciers opposants » (Procédure, n° 496). Il explique plus loin : « il y a cette différence entre les exécutions et les simples arrêts, qu'on ne peut procéder aux exécutions que pour des créances liquides et exigibles, pour lesquelles le créancier a un titre exécutoire ; au lieu qu'on peut en plusieurs cas procéder par voie de simple arrêt, sans être fondé sur un titre exécutoire, ou en vertu de la loi, ou en vertu d'une permission du juge » (*Ibid.*, n° 517). En réalité, par conséquent, l'arrêt simple n'est pas accordé en l'absence de titre exécutoire, sans contrôle judiciaire : au cas où le créancier n'est muni que d'un titre sous seings privés, il lui faut l'autorisation du juge (1), à moins qu'il ne s'agisse d'effets des forains ou des « récoltants et voituriers » (il s'agit là de la saisie foraine et de la saisie garantissant l'exercice du privilège établi par l'art. 445 de la N. Coutume d'Orléans en faveur « de ceux qui ont fait la métive et cueillette... voiture par eau et par terre » sur les « bleds, charrettes, chevaux, marchandises... » pour paiement de leur salaire).

Lorsque le juge autorisait le créancier à arrêter les effets du débiteur entre les mains de ce dernier, alors même que la dette n'était ni liquide ni exigible, l'arrêt pouvait être suivi.

(1) Alors qu'en droit moderne elle n'est pas nécessaire pour la saisie-arrêt, du moment qu'il existe un titre, exécutoire ou non, d'où résulte une créance certaine. Cf. *infra*, n° XI, p. 49 et 50.

comme la saisie-arrêt moderne, d'une instance en validité : « le simple arrêt se convertit quelquefois par la suite, en « exécution, lorsque le créancier, qui a commencé par un « simple arrêt, obtient par la suite sentence de condamnation « contre son débiteur, et après lui avoir fait signifier, lui fait « commandement de payer, avec déclaration que, faute par « lui de le faire, son simple arrêt demeurera converti en « saisie-exécution, et qu'il sera procédé à la vente des effets « saisis » (*Ibid.*, 519).

La distinction entre l'arrêt et la saisie a survécu dans la Procédure du Bas-Canada : l'arrêt simple y a conservé son nom (le texte anglais l'appelle : simple attachment). C'est une procédure de saisie sans exécution effectuée entre les mains du débiteur et obtenue dans des cas que l'article 931 du Code de procédure énumère dans les mêmes termes que l'art. 897 relatif à l'arrêt personnel (cf. *supra*. p. 26) ; elle est destinée à permettre au créancier d'attendre sans crainte la décision exécutoire. De cette procédure purement conservatoire le Code canadien, au même chap. XXXIV des saisies-arrêts avant jugement, distingue l'arrêt en mains tierces (attachment by garnishment) : « dans tous les cas « où un bref d'arrêt simple peut être octroyé, le créancier « peut faire arrêter les biens meubles de son débiteur qui se « trouvent entre les mains de tierces personnes, ainsi que « les deniers qu'elles peuvent lui devoir » (art. 940). Dans les deux cas d'ailleurs le bref d'arrêt sera accompagné d'un acte introductif d'instance, assignation en validité, et, dans le second cas, en déclaration affirmative. La symétrie est donc parfaite entre la saisie-arrêt telle qu'elle existe encore en Droit Français moderne et le simple arrêt, préliminaire de la saisie-exécution, qui en a disparu (1).

(1) Pour compléter le tableau des mesures conservatoires du droit bas-canadien il faut signaler dès à présent l'intéressant système des injonctions interlocutoires permettant d'empêcher au cours de l'instance la commission d'actes de nature à rendre inefficace le jugement à venir. On y reviendra ultérieurement, leur particularité essentielle étant d'être assorties de sanctions pénales (cf. *infra*, chap. I, 2^e partie, p. 97) : De même en droit anglais l'infraction à une « injunction » constitue un cas

Le Droit Allemand prévoit de façon aussi générale des procédures d'arrêt purement conservatoires : « l'arrestbefehl » est accordé lorsqu'il y a quelque danger que le patrimoine du débiteur échappe au créancier ; la dette doit être liquide, mais peut être à terme : il comprend deux modes : le « personal arrest », dont il a été parlé plus haut et sur lequel on ne reviendra pas, et la saisie conservatoire, « dinglicher arrest », beaucoup plus générale que les mesures françaises dont on verra plus loin le caractère fragmentaire : elle est pratiquée par n'importe quel créancier sur n'importe quel bien, si l'on peut craindre que, sans cette mesure, l'exécution forcée future soit impossible ou sensiblement plus difficile (1). Mais l'étendue de ses cas d'application est compensée, en ce qui concerne la sauvegarde des intérêts du débiteur, par le contrôle judiciaire qui intervient dans tous les cas : le créancier, à l'appui de la requête introductive, doit produire des pièces justificatives, au besoin des témoins : et comme il s'agit d'établir, non pas une créance, mais la *probabilité* de celle-ci, tous les modes de preuve sont admis, hormis le serment. Le Tribunal peut demander la prestation de sûretés garantissant la réparation éventuelle du dommage subi par le défendeur ; il peut également, s'il n'y a pas d'instance engagée, impartir au demandeur un délai pour assigner au principal. L'effet de « l'ordre de contrainte » (arrestbefehl) délivré au requérant est de permettre une procédure d'exécution ayant, jusqu'à la vente exclusivement, les formes et les effets de la saisie mobilière ; les immeubles sont rendus indisponibles par une inscription au livre foncier. Le Tribunal peut même ordonner la vente d'objets périssables d'une conservation onéreuse (2).

de contempt of Court passible de committal (cf. *infra, eod. loc.*), voir v^o Injunction dans Halsbury, Laws of England, vol. XVIII, 2^e éd., 1935. Le système existe également aux Etats-Unis, avec la même sanction (corpus Juris, t. XXXII. New-York, 1923, v^o injunctions).

(1) Art. 916-917, Z. P. O. Cette procédure a été conservée dans les Départements recouvrés, n'étant pas contraire à l'ordre public français.

(2) Sur le caractère conservatoire de la vente de meubles, cf. *infra*, chap. II de la 2^e partie, n. 5 de la p. 123, p. 124 *in fine*.

D'autre part, il existe, en Droit Allemand, des mesures provisoires, destinées à assurer au soi-disant créancier l'exécution des prestations autres que celles de sommes d'argent. Elles sont également demeurées en application dans les Départements recouvrés, car la procédure française du référé n'a été introduite que fragmentairement par les lois civiles qui la prévoient, par exemple pour statuer sur les mesures provisoires en matière de divorce, puisque le Code civil français, à la différence du Code de procédure, est en vigueur en Alsace-Lorraine. Ces mesures dites « einstweilige verfügungen », sont accordées de façon très générale, « lorsqu'il est à craindre que, par une modification de l'état actuel de l'objet en litige, la réalisation du droit d'une partie ne devienne impossible, ou sensiblement plus difficile » (art. 935, Z. P. O.), « en vue de pourvoir au règlement provisoire d'une situation relativement à un rapport de droit litigieux, lorsque ce règlement paraîtra nécessaire pour écarter des préjudices graves ou pour prévenir des violences imminentes, ou pour d'autres motifs, surtout quand il s'agit de rapports de droit durables » (art. 940). Parmi ces mesures, extrêmement variées, figurent des injonctions d'accomplir ou de s'abstenir (938, § 2) sanctionnées par une amende (geldstrafe) (1).

La décision ordonnant ces mesures provisoires ou une saisie conservatoire n'est pas forcément précédée du débat contradictoire qui est toujours possible en matière de référé : ici le Tribunal peut ordonner un débat oral ; mais il peut également statuer par voie de *beschluss*, décision sans débat, que le défendeur peut d'ailleurs attaquer par voie d'opposition ou contredit (*widerspruch*).

IV. Saisies conservatoires en droit français positif. — Les saisies conservatoires de notre droit provien-

(1) Cette pénalité sanctionne également en droit allemand la condamnation à une obligation de ne pas faire, à l'exclusion de l'incarcération pour inaccomplissement de cette sorte d'obligation, et la condamnation à une obligation de faire, concurremment avec la contrainte corporelle (qui est applicable en ce cas en droit allemand, mais dont l'application est écartée sur le territoire français en vertu des principes libéraux rappelés plus haut).

ment, sans modification d'ensemble, des procédures à caractère privilégié, professionnel ou local, dont la plupart ont été examinées plus haut. C'est à cette origine que leur ensemble doit un caractère fragmentaire d'apparence irrationnelle.

L'Ordonnance civile avait volontairement laissé au domaine coutumier toutes ces procédures rudimentaires : elle ne traitait même pas de la saisie-arrêt ; et il ne faut pas voir là l'effet de l'exclusion des règles de l'exécution forcée du domaine législatif, puisque la saisie mobilière y est traitée, et que, lors de l'élaboration de l'ordonnance, la saisie immobilière était déjà réglementée (1).

Les rédacteurs du Code de procédure s'occupèrent, eux, de la saisie-arrêt, et ce fut là, peut-être, leur plus grande innovation en cette matière : ils entendirent supprimer toute distinction entre l'opposition et la saisie-arrêt : « ce « ne sera jamais que le même acte qui sera toujours assu-
« jetti aux mêmes formalités et produira toujours les mêmes « effets » (2). Dès lors sont condamnées d'avance les tentatives qu'on pourrait faire pour distinguer encore, en droit français moderne, entre ces deux voies : M. Valéry (3) a cru néanmoins pouvoir séparer, s'agissant de la saisie-arrêt des objets placés dans le coffre-fort d'une banque, la saisie-arrêt proprement dite, qui n'aurait pas d'effet, et l'opposition, qui serait efficace. Nous croyons au contraire avec M. Solus

(1) Après avoir été abordée par l'ordonnance de 1539, elle avait fait l'objet de l'Edit de 1551 couramment dénommé Edit des Criées. Toutefois cet Edit n'était pas considéré comme définitif ; il n'était d'ailleurs pas uniformément observé ; des réformes sérieuses avaient été envisagées par les conseillers d'Etat et magistrats chargés dès 1665 de fournir des mémoires sur « l'état de la justice ». Peut-être y a-t-il eu un certain scrupule à toucher à des particularités locales, ayant subsisté malgré l'Edit, et appartenant à un domaine juridique du « fond » où le pouvoir législatif du Roi ne paraissait pas incontesté : cet argument parut longtemps si fort que le traité des criées d'Héricourt croit devoir le réfuter (éd. 1771, p. 345). En tout cas, on l'a vu, une telle raison n'aurait pu être invoquée dans la matière, purement mobilière, des saisies conservatoires : l'intention de conserver les privilèges locaux est cependant formellement exprimée par l'ordonnance en ce qui concerne l'arrêt personnel, (tit. XXXIV, art. 5) et la saisie foraine sur les biens (tit. XI, art. 2).

(2) Observations de la section de législation du Tribunat. Loaré, t. 22, p. 387.

(3) Traité de la location des coffres-forts, 2^e éd., 1926, n^o 98, p. 128.

« que la saisie-arrêt constitue essentiellement une opposition, produit effet d'opposition ; mais, cet effet d'opposition ne peut être produit que si la saisie-arrêt elle-même est valable » (1).

V. Saisie-revendication. — Sur la saisie-revendication, type de l'« arrêt », de la saisie-conservatoire à l'état pur, les législateurs de 1806 tinrent seulement à affirmer le contrôle judiciaire : « comme, dans une telle position, et « en matière mobilière surtout, le détenteur de la chose « aura ordinairement pour lui la présomption de propriété, « si elle n'est pas détruite par un titre qui fasse voir que « sa possession n'est que précaire, une grande circonspection sera souvent nécessaire pour permettre la saisie ; non « pourtant qu'il faille toujours l'exhibition d'un acte, mais « du moins un examen judiciaire » (2).

Actuellement la procédure de saisie-revendication remplace en fait l'action en revendication d'un meuble lorsque celle-ci est possible, c'est-à-dire, dans les différents cas de dépossession prévus par les art. 2279 et 2280 du Code civil, au profit du bailleur, du vendeur (819 C. proc. 2102 C. C.), du gagiste ou du titulaire d'un usufruit. L'ordonnance du président du tribunal, rendue sur requête, et ce, que le créancier soit, ou non, muni d'un titre exécutoire, permettra une saisie, dont les formes seront en principe celles de l'exécution mobilière. La requête devra contenir une description sommaire des objets à saisir (827 C. P. C.), afin que le contrôle du président soit sérieux. A défaut de texte, et même de jurisprudence, il faut sans doute admettre que l'ordonnance n'est pas susceptible de recours. La mise des objets sous la main de justice n'est pas destinée à alimenter une saisie, mais à conserver son utilité à la reconnaissance, par un jugement de fond, du droit du requérant sur ces objets et à assurer la restitution qui en est la conséquence : cette reconnaissance est le but de l'instance en

(1) Essai d'une justification, etc. Rev. crit., 1936. Cf. p. 327.

(2) Exposé de motifs Berlier au Corps législatif. Locré, t. 23, p. 146.

validité de la saisie, que d'ailleurs aucun texte n'oblige à introduire dans la huitaine de la saisie, bien qu'un lien logique unisse indissolublement ces deux procédures. L'instance en validité des autres saisies conservatoires aboutit, elle, à la vente des objets saisis.

VI. Saisie-gagerie. — La saisie-gagerie, ancien privilège des bourgeois de certaines villes et qu'il serait assez vain de faire remonter au Droit Romain (1) est réglementée par les art. 819 à 825 C. proc. Elle permet au bailleur d'immeuble de s'assurer l'exercice du privilège de l'art. 2102 en empêchant l'enlèvement des meubles qui en sont l'objet : cette mesure est le préliminaire d'une vente à laquelle il ne pourra être procédé qu'après validation de la saisie par le juge du fond, qui à ce moment vérifiera l'existence de la dette et autorisera en même temps la mesure d'exécution dont la procédure préparatoire a sauvegardé la possibilité : aussi le contrôle judiciaire sur celle-ci est-il des plus restreints (2). Le préjudice éventuel couru par le débiteur n'est pas extrême : il ne s'agit que de l'immobilisation momentanée de son mobilier ; même si le propriétaire n'a pas de titre authentique, un seul bail verbal ou s. s. p. (3) l'autorise à faire procéder à la saisie, sans permission du juge, un jour après le commandement (819) ; l'autorisation du juge n'est nécessaire que pour dispenser le saisissant de ce préavis qui permet au locataire en retard, désireux de déplacer ses « meubles meublants », de trouver les fonds

(1) Garsonnet et César Bru, 5^e partie, liv. II, chap. III.

(2) Le contrôle était encore parfois plus rudimentaire sous l'ancien régime, puisque, en théorie du moins, le concours d'un huissier n'y était pas partout obligatoire pour la saisie, et que l'autorité judiciaire n'intervenait qu'au cas d'opposition du débiteur : dans son commentaire sur l'art. 406 de la Coutume d'Orléans réglementant la saisie du « seigneur d'hostel, mestairie ou ayant rente foncière », Pothier explique qu'à l'opposé de ce qui se passe dans les autres procédures d'exécution où c'est l'huissier ou sergent qui saisit à la requête du créancier, la coutume permet ici au seigneur d'opérer « par ses mains », mais assisté d'un sergent « pour le garder de force et faire signifier la vente » ; autrefois il pouvait même se passer d'un sergent (Somme rural, tit. 102, art. 14). En fait, l'usage était au XVIII^e siècle de faire cette saisie dans la forme de toutes les autres saisies.

(3) Garsonnet et César Bru, t. VII, n^o 63.

nécessaires pour les dégager, comme aussi de les enlever frauduleusement. On voit de quelle question de pure opportunité sera juge le Président du Tribunal saisi sur requête, c'est-à-dire statuant sans débat contradictoire (1) : la preuve même du non-paiement des loyers ne saurait lui être apportée ; de plus, malgré l'autorisation, c'est à ses risques et périls que le créancier sera autorisé à saisir (2).

VII. Saisie-foraine. — L'autorisation du Président est toujours nécessaire, mais par contre le commandement n'est pas requis, pour pratiquer une autre saisie conservatoire, qui trouve, elle, son origine, parmi les privilèges des foires et villes d'arrêt rappelés plus haut. Il s'agit de l'immobilisation, en vue de la saisie-exécution, des biens des débiteurs, étrangers ou non, de passage dans une commune, au profit d'un créancier habitant cette dernière (art. 822 à 825 C. proc.). Dans ce cas, comme dans le précédent, l'autorisation du Président semble bien n'être pas susceptible de recours (3).

VII bis. Saisie des aéronefs. — Le progrès de la civilisation matérielle a donné le jour à de nouveaux « forains », encore plus insaisissables que ne pouvaient l'être les marchands d'autrefois : ce sont les aviateurs étrangers. Aussi l'art. 17 de la loi du 31 mai 1924 sur la navigation aérienne permet-il aux créanciers de saisir conservatoirement l'aéronef de nationalité étrangère ou dont le propriétaire n'est pas domicilié en France : le juge de cette mesure est le juge de paix ; ce dernier *doit* donner mainlevée si le propriétaire offre une consignation égale au montant de la créance réclamée, et il ne jouit d'un certain pouvoir d'appréciation qu'en cas de contestation sur l'étendue de la créance. Le même article 17 et l'article 18 prévoient aussi deux saisies effectuées par l'autorité publique, dont la première peut être exercée dans un intérêt privé, celui des

(1) Du moins jusqu'ici. Cf. *infra*, p. 40.

(2) Req., 6 janvier 1857. D. P. 57.1.148.

(3) Paris, 30 mars 1852. *Journal des avoués*, 1852.

propriétaires de la « surface » à laquelle un dommage aurait été causé (1). Confier au juge de paix la connaissance de l'exécution paraît être une tendance moderne (2). En général, il n'est compétent que dans les limites habituelles de sa juridiction (saisie-gagerie, saisie revendication, saisie-foraine : art. 3 et 13 de la loi du 12 juillet 1905, saisie-arrêt art. 14 et 15 de la même loi).

VIII. Saisie conservatoire commerciale. — Spécifiquement commerciale (3) est la saisie conservatoire proprement dite, prévue par l'art. 417 C. proc., qu'avaient également ignorée l'ordonnance civile de 1667 et l'ordonnance du commerce de 1673 mais qui semble bien procéder, elle aussi, de l'ancienne saisie sur les forains. Comme pour la précédente l'autorisation du Président (du Tribunal de commerce) supplée à l'absence de titre. Mais la mesure est plus grave, le pouvoir d'appréciation du juge peut aller jusqu'à demander des garanties : « il pourra, suivant l'exigence des cas, « assujettir le demandeur à donner caution, ou à justifier « de solvabilité suffisante », dit le Code.

Pour l'octroi de cette mesure, qui accompagne l'autorisation d'assigner à bref délai « dans les cas qui requerront célérité », ce qui fait bien apercevoir la subordination finale de la saisie à l'instance au fond dont elle est destinée à garantir l'efficacité, le juge sera amené, plus ou moins consciemment, à apprécier le mérite apparent de la demande, à chercher à dépister une manœuvre dolosive : dans une certaine mesure sa décision « préjugera », en entendant cette expression dans le sens le plus large, du principal, c'est-à-dire s'inspirera d'un calcul de probabilités sur l'issue de la demande.

Il en sera de même lorsqu'il devra autoriser la saisie conservatoire au profit du créancier cambiaire mais dans ce

(1) Pour la saisie-contrefaçon, cf. *infra*, p. 54, n. 2.

(2) Cf. *infra*, chap. II de la 2^e partie, n. 5 de la p. 123-p. 124 *in fine*.

(3) Sur la possibilité législative de son application en matière civile, cf. *infra*, p. 78 et 79.

cas les termes de la loi ne l'obligent pas à constater l'urgence (art. 158, C. com.)

Sa décision ne sera pas irrévocable : elle est sujette à opposition (1) et à appel : « la saisie conservatoire » déclare la Cour de cassation (Civ. 30 nov. 1927) (2) « peut avoir pour « effet de compromettre les droits et intérêts du propriétaire « ou du détenteur de la chose saisie ; que, dès lors, le « recours doit appartenir à celui contre qui la décision du « Président du Tribunal de commerce a autorisé la saisie ; « que ce recours doit être exercé d'après les règles du « droit commun, c'est-à-dire par opposition devant le magis- « trat qui a rendu l'ordonnance, au cas où elle a été rendue « en l'absence de l'intéressé ; qu'appel peut être interjeté « de la décision intervenue sur opposition ; que l'article 417 « C. P. C., loin d'interdire l'exercice du droit d'opposition « ou d'appel, le consacre, au contraire, expressément » (l'art. 417 prévoit que les ordonnances du Président « seront exécutoires nonobstant opposition ou appel »).

Le débiteur est donc assuré d'un débat contradictoire sur l'opportunité et l'utilité de la mesure conservatoire en même temps que sur la vraisemblance du droit allégué par le créancier. De plus la décision, qui ne préjuge pas du fond, laisse intact son droit à réparation si la mesure d'exécution demandée se révèle par la suite abusive.

IX. Ordonnance de référé. — Ces caractères de la décision du juge saisi d'une mesure destinée à assurer à une instance au fond son maximum d'efficacité, et à ne pas permettre à une des parties de prendre, en attendant la fin du procès, une position par trop avantageuse aux dépens de l'autre, se trouvent parfaitement dégagés dans l'ordonnance de référé. Il s'agira ici de l'ordonnance prise en vertu du premier chef de l'art. 806 C. proc. : « dans tous les cas d'urgence » (3). Le caractère contradictoire de cette

(1) Req., 16 juin 1920. D. 22.1.110.

(2) D. H. 1928.35.

(3) Il s'agira aussi, en la forme, dans la plupart des cas, des ordonnances dites « sur placet ».

procédure assure au juge la connaissance de tous les éléments du litige de nature à l'éclairer : s'il ne peut tirer de ces pièces la conséquence juridique qu'en tireront les juges du fond, il peut du moins en déduire la conséquence matérielle qui lui paraît devoir le mieux permettre l'exécution de cette sentence future : si l'art. 809 C. proc. dispose que « les ordonnances sur référé ne feront aucun préjudice au « principal », cela ne signifie pas qu'on puisse reprocher au juge des référés de chercher à prévoir dans quel sens sera tranché ce principal : en réalité, il examine, lui aussi, le fond du droit, mais ne le prend qu'implicitement pour motif de sa décision : si l'on cherche à déterminer la source de cette juridiction, il semble que l'on peut dire que « l'ordonnance du Président doit avoir pour résultat d'assurer « aux parties l'exécution aussi intégrale que possible des « droits qu'elles tiennent de la loi ou de leurs conventions » (1). On ne saurait mieux montrer que les analyses les plus précises de la nature et du but du référé conduisent à le mettre au rang des procédures conservatoires.

Toutefois il importe dès à présent de préciser les distinctions qui s'imposent et d'écarter toute équivoque sur la portée d'un parallèle entre le référé et les saisies conservatoires : saisie-gagerie et saisie-foraine sont des préliminaires de l'exécution au sens précis du terme : elles tendent à fixer un élément particulier du patrimoine du débiteur en vue d'assurer un aliment à la vente forcée, celle-ci étant destinée à procurer au créancier une satisfaction purement pécuniaire. La saisie conservatoire, elle, est un préliminaire plus lointain de l'exécution : elle ne saurait faire l'objet d'une décision de validité suivie immédiatement de vente : elle ne produira ses fruits que lorsque l'instance au fond aura abouti. Comme les deux premières toutefois, elle ne tend qu'à assurer au créancier l'efficacité d'une saisie mobilière.

La procédure du référé, au contraire, diffère sur deux points essentiels des trois précédentes : elle n'est pas un

(1) Gérard, Des origines des référés, etc. Thèse, 1886.

préliminaire de l'exécution, et elle n'est pas liée à l'instance principale. D'une part, elle ne tend en aucune façon à conserver en vue d'une vente ultérieure éventuelle certains éléments du patrimoine du défendeur, mais à assurer beaucoup plus largement les conditions de fait favorables à l'utilité finale de l'instance ; elle peut même ordonner simplement des mesures d'instruction (1) ; en pratique, elle est d'un usage général pour des constats ou des expertises, ces dernières peuvent même devenir de véritables enquêtes officieuses par l'audition de témoins à titre de renseignement. D'autre part, elle n'aboutit pas à une décision de validité, qui n'aurait pour elle aucun sens (les dispositions de fait qu'elle avait prises sont simplement maintenues ou écartées par l'exécution de la décision sur le fond), et n'accompagne pas forcément une assignation. Elle peut n'être suivie d'aucune autre instance : c'était le plus cher espoir des rédacteurs du Code de procédure, si l'on en croit le dithyrambe bien connu du Conseiller d'Etat Réal, ancien procureur au Châtelet (2). Elle peut être intentée au cours d'une instance pendante sur le fond (Civ., 4 mai 1910 (3), marquant un revirement de jurisprudence ; cf. Ponelle : le référé en cours d'instance). Elle a donc un domaine et une portée bien distincts.

Le rôle de l'ordonnance de référé peut être tenu, dans les cas les moins graves, par une simple ordonnance rendue sur requête : en effet, en dehors des cas particuliers examinés plus haut, le Président jouit d'un très large pouvoir pour ordonner des mesures d'exécution *lato sensu* : l'art. 54 du Décret du 30 mars 1808 lui permet non seulement de

(1) Il s'agit en fait le plus souvent de constats et d'expertises. On sait que la prohibition des enquêtes à futur a toujours été strictement maintenue par la jurisprudence.

(2) Il vante dans l'exposé des motifs du projet contenant le référé : « Ces magistrats célèbres, les Dargouges, les Dufour, les Angran d'Alleray, « qui chaque soir, environnés de jeunes légistes dont ils fécondaient les « talents, dont ils éclairaient le zèle, anéantissaient par des jugements « provisoires rendus en leur hôtel plus de procès qu'ils n'en avaient terminés par les jugements définitifs rendus le même jour à l'audience du « matin » (Locré, Législation civile de la France, XXII, p. 152, 3).

(3) S. 1912.1.582.

répondre des requêtes à fin d'arrêt ou de revendication de meubles ou marchandises, mais d'autoriser toutes « autres mesures d'urgence ». Dès lors apparaît un nouveau pouvoir d'appréciation du Président, car il devra décider si la mesure qu'on lui propose est du ressort des requêtes ou de celui des référés : parfois il se reconnaîtra compétent pour autoriser la même mesure par l'une ou l'autre voie (1). La différence pratique est peu considérable, au point de vue de la possibilité pour le défendeur d'aboutir à un débat contradictoire, car la Cour de cassation, tranchant une question des plus controversées, a décidé depuis son arrêt du 3 avril 1895 (D. 96.1.5) (2) qu'à défaut de texte contraire on devait décider que l'ordonnance sur requête pouvait être attaquée par le défendeur qui n'y avait pas été appelé (d'où le nom de tierce opposition que la Cour Suprême a d'abord donné à ce recours et qu'elle semble avoir abandonné : 16 juin 1920 et 30 novembre 1927 précités). Cette jurisprudence serait-elle étendue le cas échéant aux ordonnances autorisant la saisie-foraine et la saisie-gagerie ? On ne voit pas de raison décisive pour répondre par la négative, et cette constatation est de nature sans doute à atténuer ce que nous avons dit sur l'absence d'un contentieux de ces mesures.

En fait le Président, statuant sur une telle opposition, aura les mêmes pouvoirs qu'en référé (3) et l'appel sera possible. Toute discussion n'est d'ailleurs pas éteinte à ce sujet. Mais le rapprochement de fait entre l'ordonnance sur requête et l'ordonnance de référé est dû surtout à la pratique constante par laquelle, en répondant la requête, le Président engage les parties à lui en référer en cas de difficulté. Le Président n'aurait d'ailleurs pas le droit de dire qu'en cas

(1) Ainsi pour une nomination d'administrateur en référé : Req., 28 novembre 1934. S. 35.1.262. Sur requête Req., 13 janvier 1903. D. 1904.1.577.

(2) Auquel, du moins, on donne couramment cette portée générale.

(3) La seule différence pratique relevée par M. Ropers en matière de demande en rétractation d'ordonnance autorisant la saisie-arrêt est que le Président dans ce dernier cas ne pourrait renvoyer la demande devant le tribunal comme il le pourrait en matière de référé (De la saisie-arrêt, p. 6).

de difficulté il soit passé outre à l'exécution et qu'*ensuite* seulement, il lui en soit référé (1). C'est là la voie la plus sûre pour que les parties puissent être assurées d'un débat contradictoire avec voies de recours : cette clause est un facteur des plus importants dans le développement du contentieux de l'exécution (2). On peut en rapprocher la clause par laquelle l'autorisation du président est subordonnée à l'introduction de l'instance au principal dans un délai assez bref : ici c'est la subordination de l'instance au provisoire à l'instance au principal qui s'affirme. On a dans ces deux exemples la meilleure preuve de la faculté d'adaptation des pouvoirs du Président du tribunal aux besoins de l'administration de la justice.

X. Caractères communs aux ordonnances autorisant une mesure provisoire. — Juridiquement le caractère commun à l'ordonnance de référé et aux ordonnances sur requête est d'être une décision qui, sans juger le fond, prescrit ou autorise néanmoins une mesure matérielle qui est celle, ou l'une de celles, que le demandeur à l'instance, actuelle ou éventuelle, sur le fond, tend en réalité à obtenir ; peu lui importe en vérité le titre exécutoire qu'il recherche devant le Tribunal : ce qu'il désire obtenir finalement, c'est le versement de telle somme d'argent, l'accomplissement de telle ou telle obligation de faire ou de ne pas faire, la possibilité pour lui-même d'accomplir tel ou tel acte, la réalisation de telle situation de fait : c'est au sens large, l'exécution : or, chacune des ordonnances que nous venons d'étudier apporte le résultat cherché ou une partie du résultat cherché, sans passer par l'intermédiaire de la déclaration du droit.

Que sa décision soit ou non à caractère contentieux, la discussion nous paraît oiseuse : il est de toute façon hors de doute que le Président tranche un désaccord, actuel ou virtuel, et que la solution qu'il apporte est susceptible d'être exécutée par la force. Qu'elle ait autorité de chose jugée,

(1) Civ., 26 novembre 1867. D. 67.1.473.

(2) Pratique consacrée par exemple par l'art. 242 du Code civil.

c'est-à-dire que la décision prise par le juge, dans les limites de sa compétence, s'impose aux parties, voire aux agents d'exécution, et que la question précise qu'il a résolue ne puisse être à nouveau posée devant une juridiction du même ordre, cela ne fait pour nous pas davantage de doute, et il paraît étonnant qu'il ait pu exister une hésitation à ce sujet, ou même que la proposition contraire ait pu être écrite : le juge des référés est lié par ses précédentes ordonnances dans la mesure où il n'est intervenu, soit dans la position des parties soit dans les faits de la cause, aucun changement (cf. *a contrario*, Req., 10 février 1913) (1).

Ce qui est vrai, c'est que l'ordonnance n'emporte pas chose jugée sur le fond : on ne concevrait pas que le Président puisse lier le Tribunal : « cette décision, ne faisant « pas préjudice au principal... ne pouvait être invoquée « devant les juges saisis du fond comme enchaînant leur « liberté d'appréciation par l'autorité de la chose jugée ». (Req. 7 novembre 1899) (2) : la situation rappelle à quelques égards ce qui se passe lorsque le Tribunal civil statuant, en matière d'accident de travail, sur l'allocation de la rente viagère, est appelé à décider si l'accident est bien imputable au travail : cette question reste entière devant lui quoi qu'ait pu décider le Juge de Paix saisi au provisoire de l'action en paiement du demi-salaire (Req. 11 juillet 1932 (3). Et cette absence d'autorité au principal de la décision du juge du référé montre bien qu'il s'agit de deux domaines distincts, d'une séparation de compétences : l'objet des deux instances n'est pas le même : le Président est juge de la mesure de fait à exécuter sans l'être du fond du droit, le Tribunal est juge du fond, l'exécution étant seulement la conséquence indissoluble (4) de la décision au fond.

(1) S. 1914.1.441, n. Hugueney. Civ. 27 avril 1936. Gaz. Trib. 10-11 juin 1936.

Cpr. en procédure criminelle la valeur au fond des décisions de non-lieu qui n'ont force de chose jugée, dans la mesure où elles l'ont, que jusqu'à la survenance de charges nouvelles.

(2) S. 1900.1.387, cf. encore Civ., 16 avril 1923. S. 1924.1.148.

(3) S. 1932.1.332.

(4) Sous réserve de l'exécution provisoire, question qui sera examinée au chapitre suivant.

C'est en ce sens seulement que l'on peut considérer comme un critérium particulier au référé la « contestation sérieuse » au principal, qui marquerait les limites de sa compétence (1), mais que nous ne considérons que comme un moyen pratique pour le juge de reconnaître son incompétence. En effet : que le juge ait l'obligation de se dessaisir lorsque l'une des parties soulève une semblable exception, « cette solution n'est que l'application du principe bien connu, qui permet au Tribunal saisi d'une question préjudicielle de ne surseoir que si la difficulté mérite d'être prise en considération » (2). Le magistrat, n'étant pas juge du fond, mais de l'apparence immédiate du fond, doit se dessaisir dès que ce dernier entre en discussion ; mais il ne faut pas que cette obligation soit aux parties, un moyen trop simple d'éluder une décision imminente par une contestation fantaisiste (3). Aussi trouve-t-on l'expression de « contestation sérieuse » dans bien des cas où une juridiction doit se dessaisir ou surseoir à statuer pour la raison qu'avant de prendre une décision qui serait dans les limites de sa compétence, il lui faudrait trancher une question qui dépasse cette dernière. Ainsi, sur la question préjudicielle de propriété soulevée devant le juge de paix saisi d'une instance en bornage, un arrêt (Req. 10 avril 1866) (4) déclare : « cette allégation, qui ne fut appuyée d'aucun titre ni d'aucune offre de preuve, ne présentait pas un caractère sérieux et ne pouvait faire cesser la compétence du juge de paix » (5). De même, sur la compétence *ratione loci* de l'art. 420, al. 2, du C. proc. : « il appartient aux Tribu-

(1) Cf. en ce sens : Ponelle, *op. cit.*, pp. 269 s.

(2) Wattinne, Manuel des référés, p. 21.

(3) La Cour de cassation se réserve de contrôler si la contestation est ou non sérieuse (Req., 4 janvier 1898. S. 1899.1.441 ; Civ., 7 mars 1934. S. 34.1.186).

(4) D. 66.1.380.

(5) Cf. encore Civ., 29 décembre 1908 et Req., 13 janvier 1909. D. 1909.1.212 : *contestation réelle et sérieuse* qui change le caractère de l'instance ; cf. en matière de dommages aux champs. C., 30 mai 1894. D. 94.1.547, et sur l'interprétation d'un bail, Req., 15 mars 1911. D. 1914.1.95 : « la prétention n'avait pas le caractère d'une *contestation sérieuse* ».

Comparer le « titre apparent » sur lequel doit se fonder l'exception de propriété pour amener le sursis à statuer pénalement en matière forestière (art. 182, Code for.).

naux », dit un arrêt de la Chambre civile (12 mars 1867) (1), « d'examiner si la *contestation est sérieuse*, ou si elle n'est « qu'un moyen détourné de soustraire une partie à ses « juges ». Sur la compétence en matière administrative on citera un arrêt de la Ch. civ. du 27 novembre 1929 (2) : les Tribunaux judiciaires, déclare-t-il « ne doivent renvoyer à « l'autorité administrative que l'examen des actes dont le « sens ou la portée fait l'objet d'une *contestation sérieuse* ».

« Ce serait, en effet » aux termes d'un ancien arrêt (Req. 13 mai 1824) (3), « laisser à la direction d'un plaideur témé-
« raire le droit de suspendre le cours de la justice, en éle-
« vant des doutes contre l'évidence » (4). On citera enfin un arrêt de la Chambre civile du 3 juillet 1923 (5), rendu en matière de compétence du juge de paix en Tunisie, alors qu'une question de propriété était soulevée ; il affirme dans les termes les plus nets « que cette contestation *présentait* « un caractère sérieux ; qu'elle soulevait donc une question « *préjudicielle* qui, par sa nature, échappait à la compétence du juge de paix » (6).

Ce rapprochement avec différentes hypothèses de question préjudicielle permet bien de préciser en quoi la compétence du juge des référés se distingue de celle du Tribunal : la connaissance du droit lui échappe, mais il statue sur la probabilité d'une situation juridique, en considération d'une situation de fait « Ce sont les apparences du « droit qui doivent déterminer la solution provisoire du « juge des référés » écrit Bertin (7). De même le juge du possessoire peut se décider sur l'apparence de situation pro-

(1) D. 67.1.125.

(2) S. 1930.1.91.

(3) S. 1825.1.59.

(4) Voir encore Req., 25 mars 1935. S. 35.1.225. Cet arrêt est rapporté au D. H. 1935, p. 297 avec une erreur typographique : « protestation sérieuse » au lieu de « contestation sérieuse ».

(5) Revue algérienne, 1926, p. 43.

(6) Le terme de question préjudicielle se trouve également, en matière de référés, dans de Belleyme (Référé, II, 181) : « s'il y a contestation sur le droit, sur l'interprétation des clauses des titres, et *par conséquent question préjudicielle*... ». Sur les cas d'application de la *contestation sérieuse* comme critérium pratique de compétence, voir Rousseau : De l'expulsion du locataire par voie de référé, 1937.

(7) Référé, n° 169.

duite par les titres de propriété en présence — de même l'apparence d'un acte administratif doit permettre au Tribunal civil de décider qu'une contestation élevée sur son interprétation est purement dilatoire — de même les juges consulaires dont on allègue l'incompétence *ratione loci* en invoquant un prétendu marché « peuvent se trouver dans « la nécessité d'apprécier si les documents produits devant « eux sont *de nature à faire croire* à la participation contestée du défendeur au marché » (Civ. 12 mars 1867 précité). En dernière analyse, il ne s'agit pas d'autre chose que d'un calcul de probabilités sur la valeur des droits en présence, et d'une considération d'opportunité. Tel est le caractère commun de toutes les décisions autorisant une mesure d'exécution (au sens large du mot), sans prononcer de condamnation.

Bien plus, nous avons vu que l'autorisation du juge, réglant des questions de fait, laissait entière la responsabilité finalement encourue par le soi-disant créancier en procédant à des mesures d'exécution pour lesquelles il sera peut-être finalement reconnu sans droit : de même, en matière de référé, les mesures de fait préjudiciables autorisées par le juge, si elles vont à l'encontre de ce qui a été finalement décidé sur le principal, exposent celui qui en a poursuivi l'exécution à des dommages-intérêts : cf. de Belleyne (*op. cit.*, t. I, p. 423) : « le Président doit bien calculer les conséquences de son exécution provisoire, puis-« qu'elle peut... faire naître de graves débats au principal, « car on peut toujours, après l'ordonnance, demander par « action principale... des dommages-intérêts pour le préjudice causé par l'exécution. » Ces observations du Président de Belleyne concernent d'ailleurs peut-être plus le référé sur procès-verbal que le référé sur placet (cf. *infra*, chap. II de la 2^e partie).

On a fait remarquer à juste titre que dans bien des cas le demandeur en référé pourrait procéder de sa propre initiative à la mesure de fait demandée. Il ne va en référé que pour obtenir la constatation par un titre exécutoire de l'absence de contestation sérieuse sur le fond ; il en était

ainsi par exemple, lorsque des industriels ou des commerçants, lors des grèves avec « occupation » des lieux de travail qui sévirent en France au cours de l'année 1936, crurent devoir faire prononcer en référé l'expulsion des grévistes (1) : l'illégalité de la situation litigieuse ne pou-

(1) Sur le recours à justice comme ayant pour seul but l'obtention d'un titre exécutoire, en l'absence de toute contestation réelle sur le fonds : le Code de procédure civile allemand (Z. P. O.) en offre un modèle : il s'agit de la *Mahnverfahren*, « procédure de commandement » (selon les traducteurs de la Z. P. O.) ou « procédure par injonction » (selon Chéron et Muhleisen) applicable en cas de demande en prestation d'une somme d'argent ou d'une quantité de choses fongibles : le demandeur s'adresse au tribunal afin d'obtenir une ordonnance ou commandement de payer, signifié au débiteur : faute par ce dernier d'avoir formé dans un délai de huitaine le *widerspruch* (« opposition » ou « contredit » selon les traducteurs) qui a pour effet d'ouvrir un débat contradictoire, le commandement se transforme en *Vollstreckungsbefehl* ou ordonnance exécutoire : elle n'a d'ailleurs que la valeur d'un jugement par défaut, et est encore susceptible d'opposition. Mais le nombre d'oppositions est moins considérable qu'on ne pourrait le croire de prime abord (peut-être moins de la moitié) : en effet le créancier, s'il a des raisons sérieuses de prévoir cette opposition, n'engagera pas une procédure qui ne lui procure en général aucun avantage particulier. L'exécutoire est accordé malgré le contredit, si celui-ci n'est pas spécialement motivé, en matière de procédure sur titre (Chéron et Muhleisen, p. 436 s.). Ce qu'une telle procédure présente d'intéressant est son caractère définitif : c'est la réunion du jugement sur le fond et du jugement sur l'exécution, le premier étant absorbé par le second ; un autre intérêt réside dans le rôle prédominant laissé, comme dans l'organisation anglo-saxonne, aux auxiliaires de la justice (cf. *supra*, chap. I, p. 26) : le juge peut être remplacé par un greffier spécial qui signifie le commandement au débiteur, c'est également le greffe qui délivre l'exécutoire. On trouve un intéressant historique de cette procédure dans : M. Bauffe, *Procédure monitoire ou injonctionnelle*. Th. Dijon, 1912. L'auteur y conclut que si une telle procédure paraît de prime abord contraire à certains axiomes en faisant intervenir la coercition avant la condamnation, elle ne heurte aucun principe fondamental, « les protagonistes « de la procédure monitoire n'ont pas innové : ils ont simplement fait « bénéficier le créancier d'une présomption légale : son droit est réputé « fondé dès l'instant où il introduit sa demande » (p. 90). Cf. Glasson, Morel et Tissier, t. IV, n° 1012.

Une procédure sommaire existe en droit anglais pour le même cas d'instance motivée plus par le désir d'obtenir la constatation authentique du droit que sa détermination : il s'agit de la procédure de l'Order XIV, ouverte en l'absence de « substantial dispute » sur les faits ou la question de droit, le défendeur n'ayant pas de terrain « plausible » de défense (cf. Farrin, *Civil procedure for examinees*. London, 1935, Quest. 22. Cpr. la « *Condanna per decreto* » du projet italien de Code de procédure civile, 1^{re} partie, tit. IX). Cpr. également avec la jurisprudence de la Cour de cassation sur le jugement de défaut-congé : elle admet, en effet, que, bien que les juges n'aient pas statué sur le fond, leur décision n'en a pas moins l'autorité de la chose jugée (Civ., 31 juillet 1923. D. 25.1.212) : c'est là faire résulter la décision sur le fond de l'attitude prise par une partie dans l'instance ; à l'opposé des procédures précédentes, il s'agit de

vait évidemment faire l'objet d'aucune contestation *sérieuse*, mais la force publique, pour prêter main-forte au respect de la propriété privée, n'aurait pas eu besoin de titre exécutoire (1). La justice obtenue en référé apparaît donc ainsi comme un équivalent de la justice privée, destinée à en prévenir les excès, mais laissant au demandeur les risques et périls de l'exécution (2). Tel est l'avis de Moreau (3) : « toute propriété » déclare cet auteur, « ne fût elle même « qu'apparente, est un titre auquel provision est due. L'exercice des droits qui en dérivent peut donc être garanti par « une protection judiciaire immédiate. Il suffit qu'une lésion « soit évidente et que l'urgence soit incontestable ». Ainsi il apparaît comme l'organe du *contrôle judiciaire* actuel de la *justice privée* : ce sont les expressions même employées dans la dissertation de M. Hébraud au S. 35.2.97 sous Angers 14 avril 1934 ; cet auteur y étudie la jurisprudence relative à deux cas de « justice privée » en matière contractuelle : la clause de résiliation de plein droit (Req., 26 octobre 1932) (4) et l'exception non *adimpleti contractus* Civ. 5 mai 1920 (5) ; l'allocation éventuelle de dommages-intérêts pour usage sans droit de ces facultés constitue le contrôle *a posteriori* ; mais en attendant la décision du Tribunal le juge des référés « fait rendre immédiatement justice à celui des « plaideurs qui a pour lui un droit suffisamment clair. Il « crée ainsi une situation de fait équitable qui permet d'attendre dans une atmosphère de paix la solution définitive du conflit ».

l'absence de prétention au fond formulée par le demandeur et non par le défendeur, mais la technique est la même. Aussi certains auteurs voient-ils là, de la part de la Cour de cassation, l'adoption d'un système « étranger à l'esprit de notre législation » (Morel, *Traité élémentaire*, n° 586).

(1) Et d'ailleurs la présence d'un titre exécutoire ne modifia en rien l'attitude de l'autorité publique (cf. *infra*, 2^e partie, ch. II, p. 131, n. 3).

Sur la question de principe nous ne sommes donc pas d'accord avec M. Rousseau (*De l'expulsion du locataire par voie de référé*, 1937) dont la proposition initiale (p. V) est que « l'expulsion est une mesure d'exécution : or, toute mesure d'exécution ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un titre ».

(2) Cf. Francès, *Essai sur les notions d'urgence et de provisoire dans la procédure du référé*. Thèse Toulouse, 1935, p. 148 s. et auteurs cités.

(3) De la juridiction des référés. Bruxelles, 1890, p. 241.

(4) S. 1933.1.212. Cf. *infra*, 2^e partie, chap. II, p. 123, n. 5.

(5) S. 21.1.298.

C'est ainsi encore qu'une exception a été constamment admise au principe de l'incompétence du juge des référés civils, comme d'ailleurs du tribunal entier, en matière administrative, lorsqu'il s'agit de « voies de fait » (1).

Enfin, l'élément principal justifiant l'intervention du juge des référés, l'urgence, et évidemment le même qui motive toutes les autres décisions du Président prescrivant des mesures de fait. En matière de référé le pouvoir d'appréciation du juge est complet sur ce point : il s'agit d'une question de fait échappant au contrôle de la Cour de cassation (2). En cela le juge du provisoire jouit d'une plus grande autonomie que le juge du fond car la Cour Suprême se réserve de contrôler l'urgence lorsqu'un Tribunal a statué comme en matière sommaire, en vertu de l'art. 404 al. 5, C. proc. (3).

Nous pouvons maintenant, au vu des principes qui viennent d'être dégagés, comprendre les limites posées par la jurisprudence à l'aide apportée aux créanciers par le juge des référés quant à la conservation du patrimoine du débiteur. Il a été jugé permis au Président de nommer un séquestre aux biens du débiteur alors « que ce dernier avait reconnu « être dans l'impossibilité de donner à ses biens les soins nécessaires, qu'il était menacé de poursuites de la part de « ses créanciers hypothécaires, que ceux-ci avaient un grand « intérêt à ce que l'administration des biens dont il s'agit « fût confiée à un séquestre ». (Req. 21 février 1899) (4). Mais on ne pourrait aller jusqu'à l'organisation en référé d'une véritable procédure de faillite civile « par des mesures

(1) Req., 5 juin 1935. S. 36.1.32. Conflits, 7 juin 1902. D. 03.3.51, 1^{re} espèce.

(2) Req., 3 juillet 1889. D. 1890.1.229 ; 7 février 1933. D. H. 1933.147.

(3) Civ., 14 février 1888. S. 90.1.313.

(4) S. 1899.1.212. On peut en effet reconnaître à cette juridiction de larges pouvoirs en matière de séquestre, mesure conservatoire au premier chef, et qui généralement, s'agissant d'immeubles, ne saurait porter gravement atteinte aux intérêts des parties. Aussi la jurisprudence admet-elle que l'énumération des cas prévus par l'art. 1961 du Code civil, article applicable au juge des référés (Cass., 14 mars 1882. S. 82.1.349) n'est pas limitative (Cass., 13 novembre 1889. S. 90.1.8 ; Req., 8 novembre 1933. S. 1934.1.21. Cf. en matière de société : Req., 28 novembre 1934. S. 35.1.262 ; C. Paris, 30 mai 1934. S. 35.1.34).

« qualifiées à tort de provisoires, mais en réalité, défini-
« tives, lesquelles aboutissent à la suppression du droit
« d'action que tout créancier tient de son titre et de la loi »
(Civ. 17 janvier 1855) (1).

XI. Saisie-arrêt. — Les mêmes principes trouvent leur application dans la matière plus complexe de la saisie-arrêt (art. 557 à 582 C. proc.) : celle-ci peut-être opérée soit en vertu d'un titre non authentique (art. 557) dont, en fait, l'huissier jugera le mérite apparent, soit, à défaut de titre, en vertu d'une ordonnance du Président (art. 558) comparable à celles qui sont accordées en matière de saisie-gagerie et de saisie-foraine. Mais le débat contradictoire sur la mesure d'exécution (au sens large, puisque la saisie-arrêt, au début de la procédure, n'a qu'un caractère conservatoire) est assuré au défendeur, comme en matière de saisie conservatoire : il est en effet admis que, saisi tout d'abord par requête, le juge peut, sur opposition du saisi, rétracter ensuite son autorisation : s'il ne s'agit pas en ce cas d'une véritable ordonnance de référé (cf. *supra*, p. 40, n. 3), la procédure est, en fait, identique. Par la suite, c'est le juge des référés qui est compétent pour ordonner le « cantonnement » de la saisie (art. 567, C. proc. modifié par la loi du 17 juillet 1907) ou même « l'autorisation pure et simple de toucher » et ce même après la signification de l'assignation en validité ; cette dernière fait obstacle en effet à l'opposition proprement dite formée par le saisi et tendant à obtenir rétractation de l'ordonnance d'autorisation (2). Le rôle du juge provisoire de l'exécution est donc considérable dans cette procédure (3). Celle-ci présente de plus un autre intérêt, c'est de contenir deux phases assez faciles à distinguer, celle de l'« opposition » conservatoire, et celle de la double instance au fond aboutissant à l'attribution au-

(1) S. 55.1.97. Cpr. civ., 10 juillet 1876. D. 76.1.314 ; Civ., 13 novembre 1889. D. 90.1.34.

(2) Cf. Civ., 5 avril 1933. S. 33.1.285 et jur. citée par Ropers, *op. cit.*, p. 8, n. 3 et 4.

(3) Voir sur l'ensemble de la question, Ropers, *op. cit.*

créancier de tout ou partie de la créance du débiteur : par cette procédure, lorsque le créancier n'aura pas été porteur initialement d'un titre exécutoire, il aura obtenu à la fois la constatation officielle de son droit et la mesure d'exécution tendant à le satisfaire. Nous avons vu plus haut que la distinction entre la procédure conservatoire et celle d'exécution avait été encore plus nettement tranchée dans la procédure d'ancien régime, au moins théoriquement mais que cette conception avait été expressément répudiée par le Code de procédure.

La phase conservatoire présente ici les mêmes traits que dans les procédures examinées précédemment : le juge apprécie la vraisemblance du droit allégué et l'opportunité de la saisie ; bien plus, non seulement il refusera l'autorisation de saisir au créancier qui n'apporterait pas l'ombre d'une justification, mais il devrait encore refuser de statuer si le demandeur était porteur d'un véritable titre, même non exécutoire, mais suffisant à former la saisie sans intervention du juge : le Président doit alors « autoriser » d'autant moins la saisie que son ordonnance permet « au saisissant d'éluder le paiement des droits d'enregistrement en ne mentionnant pas ce titre dans l'acte de saisie » (1).

Pour cette saisie comme pour les mesures étudiées plus haut la permission du magistrat, comme la possession d'un titre sous-seings privés, n'a pas pour effet de mettre le créancier à l'abri de toute responsabilité : ce qu'il lui est permis de faire, le lui est à ses risques et périls (2). L'huissier lui-même pourrait être déclaré responsable des conséquences de l'appréciation qu'il a faite du titre à lui soumis (3). Par contre, ce serait méconnaître la force exécutoire de la sentence que de déduire de son caractère provisoire « que « l'exécution de ces ordonnances est aux risques et périls de « celui qui la subit » (4).

(1) Ropers, *op. cit.*, p. 16. Cf. également, *op. cit.*, p. 118, n. 1 pour des exemples de « titres ».

(2) Req. 17 mai 1926. S. 27.1.149 ; 30 avril 1934. S. 34.1.255.

(3) Rouen, 22 août 1878. S. 79.2.207.

(4) Civ. 23 mars 1864, D. 64. 1. 221.

XII. Mesures conservatoires. — L'étude de la saisie-arrêt nous a montré une procédure à caractère mixte, commençant par avoir un caractère conservatoire et aboutissant à une mesure d'exécution définitive. Le contrôle judiciaire, purement provisoire au début, se traduisait à la fin par une condamnation de fond. Pour compléter le tableau des moyens ouverts au créancier pour assurer la conservation de son gage, le patrimoine du débiteur, il faut faire état de mesures diverses dont les unes sont de véritables instances alors que d'autres ne tendent qu'à un résultat matériel. Les unes sont purement conservatoires : « ce sont des mesures auxiliaires du droit de gage général, dont elles servent à assurer ultérieurement l'exercice utile » (1) ainsi l'apposition des scellés, l'inventaire, l'intervention dans un partage. On range également parmi ces mesures le droit général qu'ont les créanciers d'intervenir dans les instances où figure le débiteur : l'art. 618, al. 2, du Code civil, en prévoit l'application dans les procès soutenus par l'usufruitier, et l'art. 1447 dans l'instance en séparation de biens. On admet que ce principe va jusqu'à permettre à la victime d'un accident de faire à l'assureur la déclaration nécessaire pour conserver le recours de l'auteur assuré (Req. 30 nov. 1926, D. 26. 1. 49). Ces droits appartiendraient au créancier même si la créance était conditionnelle ou à terme.

D'autres procédures sont plus graves parce que le créancier « cherche à obtenir un résultat qui ne se produirait pas sans son initiative » (*op cit.*) : il s'agit des droits établis par les art. 878 s, 1166 et 1167 du Code civil : séparation des patrimoines, action oblique, action paulienne. M. Josse-

(1) Planiol et Ripert, t. VII, n° 893. Il ne faut pas les confondre avec des mesures tendant à conserver le droit de créance sans s'appliquer au patrimoine du débiteur : interruption de prescription (2242 C. C.), demande de titre nouvel (2263), inscription d'hypothèque. « C'est à ces mesures que font allusion les art. 1180 C. c. et 125 C. proc. » (Planiol et Ripert précités). Beudant (t. VIII, III, II, II) y ajoute la reconnaissance d'écritures (193 s. C. proc.). Selon certains auteurs l'art. 125 du C. proc. à la différence de l'art. 1180 C. C. serait relatif à des actes pratiqués sur les biens du débiteur (Balleydier, n. au S. 1927. 1. 177).

rand (1) considère ces mesures comme intermédiaires entre des mesures conservatoires et des mesures d'exécution : en effet, d'une part le créancier n'est pas muni d'un titre exécutoire préalable, mais d'autre part son emprise sur le patrimoine du débiteur s'y affirme. Ainsi, déclare cet auteur à propos de l'art. 1166 du Code civil : « le moyen que ce texte « institue, s'il n'a pas toute la valeur et toute la signification « d'une voie d'exécution, tend du moins à cette exécution « même ; il constitue le préliminaire des saisies » (2). Autre point de rapprochement : l'action oblique n'est pas ouverte au créancier à terme ou sous condition (3) et il en est de même de la saisie-arrêt.

Ce caractère est encore plus net en ce qui concerne « l'action directe » des art. 1753, 1798 et 1994 du Code civil étendue par la jurisprudence aux assurances (art. 7 et 3 de la loi du 19 février 1889 (4) remplacés par l'art. 32 de la loi du 13 juillet 1930 ; loi du 26 mai 1913 ajoutant un § 8 à l'art. 2102 C. C.) (5) : « tandis que l'action directe est « une mesure d'exécution consistant en une mainmise sur « les droits du débiteur afin d'obtenir satisfaction, l'action « oblique apparaît bien plutôt comme une mesure prépara- « toire à l'exécution » (L'action directe, Thèse Solus, Paris 1914). L'action directe « implique l'extension, le prolonge- « ment du droit de gage de l'art. 2092 C. C... en réalité, elle « est un procédé de paiement, une voie d'exécution » (n. Jossierand au D. 27. 1. 57 sous Civ. 14 juin 1926).

De même on ne saurait passer sous silence l'action en déclaration de simulation, qui appartient bien au droit de l'exécution lorsqu'elle a pour but de faire figurer à nouveau dans le patrimoine du débiteur un bien qui n'en était sorti qu'en apparence et par fraude.

Enfin, en matière commerciale, mieux que l'action oblique qui ne dessaisit pas le débiteur du droit exercé par le

(1) Cours de droit français, t. II.

(2) N. au S. 1928.1.49, sous Req. 30 novembre 1926.

(3) Cass. 26 juillet 1854. D. 54.1.303 ; Req. 25 mars 1924. S. 24.1.67.

(4) Civ. 17 juillet 1911. D. 12.1.81.

(5) Civ. 14 juin 1926. D. 27.1.57 ; Req. 24 février 1936. D. 36.1.49.

créancier (1), mieux que l'action Paulienne du Droit civil, qui ne peut atteindre les paiements, et n'a pas d'effet collectif, la faillite ne représente-t-elle pas le maximum de l'emprise judiciaire sur le patrimoine du débiteur ?

Nous ne saurions cependant nous étendre sur ces procédures. En effet, elles n'offrent pas d'intérêt spécial du point de vue de la présente étude : le contrôle judiciaire n'y offre aucune difficulté, puisque, à l'exception de la séparation des patrimoines, ce sont de véritables instances, aboutissant à la solution d'une question de fond : leur effet pratique ne les empêche pas d'être de véritables procès tranchant une contestation juridique. Au contraire, c'est dans les mesures conservatoires, toutes matérielles, énumérées ci-dessus qu'on trouverait un contrôle de l'exécution à proprement parler : suivant un procédé que nous avons rencontré plus haut, la loi n'autorise par exemple les créanciers d'une succession à faire apposer les scellés que s'ils sont munis d'un titre exécutoire, sinon, ils seront autorisés par ordonnance (909 C. proc. 820 C. C.) ; ici, comme dans les autres domaines le Président devra examiner si l'apparence du droit invoqué justifie la mesure demandée, mesure destinée à conserver leur utilité aux condamnations à faire prononcer ultérieurement. En cas de difficulté le Président, saisi par voie de référé, en connaîtra à nouveau (art. 922, C. proc., cpr. 242 C. C.).

Il faut signaler une sorte de saisie conservatoire commerciale tout à fait particulière : c'est celle prévue, en matière maritime, par l'art. 306 C. com. permettant au capitaine, en cas de non paiement du fret, de demander à justice le dépôt des marchandises « en mains-tierce » jusqu'à ce paiement. On a dénié tout pouvoir d'appréciation à l'autorité judiciaire (Tribunal de Commerce ou son Président seulement, ici encore les opinions sont partagées), quant à l'opportunité de cette mesure, survivance d'un droit de rétention antérieur à l'ordonnance de 1681 et d'un droit de saisie substitué au premier par cette ordonnance (en ce sens, note

(1) Cass. 18 février 1862. D. 62.1.248.

Aubrun au D. 33. 1. 191). Mais la Cour de cassation déclare que « Le Tribunal reste toujours juge de l'opportunité du dépôt » (Req. 30 décembre 1929, *eod loc.*). Cette saisie présente donc les mêmes caractères que celles étudiées plus haut ; et l'arrêt précité reconnaît que le saisissant, malgré l'autorisation judiciaire, peut être déclaré responsable du dommage ainsi causé au destinataire.

Plus encore que la conservation d'un aliment pour une saisie ultérieure, ou une confiscation, c'est un mode de preuve que constituent les saisies-contrefaçon ou saisies-description en matière de propriété intellectuelle ou industrielle. Pour la plupart le contrôle judiciaire est exercé, comme dans les saisies conservatoires, par le Président du Tribunal statuant sur requête : ainsi disposent l'art. 47 de la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention, l'art. 17 de la loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique, l'art. 12 de la loi du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles : dans tous ces cas existe un contentieux de l'exécution analogue à celui que nous avons rencontré ; le Président est libre de fixer les limites de la saisie sollicitée, de n'ordonner que la description, même si la saisie réelle est demandée (1). Les trois textes lui permettent de demander un cautionnement au demandeur. Pratiquement, on admet que sa décision est susceptible d'opposition, sous forme de référé, et d'appel. Il est également reconnu que son autorisation n'exclut pas la condamnation ultérieure du requérant à des dommages-intérêts : « la saisie, bien qu'autorisée en « vue de la preuve en matière de contrefaçon, n'est qu'une « mesure facultative pour celui qui use de son droit d'agir « en justice, et à laquelle, par conséquent, il ne doit « recourir qu'avec prudence et à ses risques » (Civ. 23 juin 1930) (2).

(1) Cf. pour son pouvoir d'appréciation : dans le sens restrictif, Civ. 13 août 1862 et 15 juin 1866 en matière de dessins. Ann. prop. ind., 1866, p. 312 ; dans le sens extensif : Cr. 15 juin 1866 en matière de brevets. Ann., 1866, 313.

(2) D. H. 1930.442. L'art. 16 de la loi du 31 mai 1924 prévoit la saisie conservatoire de l'aéronef étranger, en cas de contrefaçon de brevet, dessin ou modèle. Le contentieux y est celui décrit plus haut, p. 35 au cas de saisie pour créance contestée.

En matière de propriété littéraire et artistique, au contraire, subsiste une saisie dépourvue de tout contrôle judiciaire : l'art. 3 du Décret du 19 juillet 1793 modifié par l'art. 1^{er} du Décret du 25 prairial an III, oblige les commissaires de police (ou juges de paix à leur défaut) à déférer à la réquisition des « auteurs, compositeurs, peintres ou dessinateurs et autres » : ils n'ont donc aucun pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de la « confiscation » requise d'eux. De plus, et contrairement aux autres saisies pour lesquelles les lois obligent le requérant à se pourvoir au principal dans un bref délai après la saisie (art. 48 de la loi de 1844, 18 de la loi de 1857, 12 précité de la loi de 1909), ici aucun délai n'est imparti au saisissant pour introduire l'action en contrefaçon (1). C'est ainsi que l'on peut faire saisir la collection de modes d'un concurrent pendant la durée d'une saison. Ce n'est là qu'une illustration de la nécessité d'un contentieux de l'exécution conservatoire pour la protection des intérêts du débiteur.

XIII. Conclusion. — Nous avons ainsi passé en revue la plupart des mesures qui permettent au créancier, en Droit français, d'empêcher que la reconnaissance de son droit en justice ne soit une déclaration à valeur purement doctrinale intervenant contre un débiteur devenu insaisissable. L'étude de divers systèmes étrangers a suffi à montrer que, d'un point de vue législatif, la généralisation des mesures provisoires dans notre droit paraît possible ; mais on ne saurait effectuer une telle extension sans un développement parallèle du contrôle judiciaire de ces mesures, contrôle qui, pour être actuel, ne peut avoir qu'un caractère provisoire : seul un contentieux de l'exécution provisoire peut assurer au débiteur prétendu une protection contre des inhibitions et prescriptions diverses dont la souplesse et la variété, pour souhaitables qu'elles soient, constituent une grave menace pour lui. Informant la mise en

(1) Cf. Triboulet-Arsандаux, *La protection des œuvres françaises d'art appliqué*. Thèse Paris, 1936, p. 63 et s., p. 68.

œuvre d'une procédure, aveugle sans elle, l'intervention du juge en individualise l'application : ainsi les Tribunaux pourront-ils vérifier, avant que l'irréparable ne soit commis, si la probabilité de fraude, ou les chances de dilapidation, de la part du débiteur, sont assez considérables pour que la mesure demandée présente une réelle utilité, et apporte à l'administration de la justice autre chose que la satisfaction des sentiments vindicatifs du créancier.

CHAPITRE II

Contentieux de l'exécution provisoire.

I. Exécution provisoire. Sa nécessité. Ses dangers. — Nous avons examiné dans le chapitre précédent l'ensemble des mesures permettant au créancier d'assurer la conservation de son gage, et, d'une manière générale, d'obtenir la conservation ou l'établissement provisoire d'un état de fait de nature à assurer par avance l'exécution d'une décision de justice. Ces mesures avaient pour but d'éviter que la protection accordée par la loi au débiteur en obligeant le créancier à faire reconnaître son droit en justice ne soit exploitée par le protégé dans un but tout autre que celui visé par le législateur. L'organisation de voies de recours contre toute décision de justice fait partie du développement de cette protection, en même temps qu'elle augmente le danger d'évasion du défendeur, en allongeant le laps de temps écoulé entre le moment où il est averti de ce qui le menace et le moment où cette menace pourra être exécutée. Plusieurs fois des juges pourront être appelés à se prononcer avant qu'une décision ne fasse, sans nouvelle discussion possible, la loi des parties. Le souci de protection du débiteur, poussé à l'extrême, devrait conduire à n'attacher la valeur exécutoire qu'à cette ultime sentence, dont rien ne viendra plus contester la valeur doctrinale, par suite à rendre suspensives toutes les voies de recours. Mais la nécessité d'une solution prompte et la crainte d'un emploi purement dilatoire de ces voies de recours incite au contraire à donner effet à toute décision aussitôt qu'elle

est rendue. Les dispositions relatives à l'exécution provisoire sont le résultat d'un compromis entre ces deux tendances. Ici, comme dans le chapitre précédent, il s'agit de satisfaire à la fois, l'intérêt immédiat du créancier et celui du débiteur, l'efficacité de la procédure et la protection du défendeur. Elles varient selon les législations et selon le caractère des voies de recours envisagées. C'est ainsi qu'en Droit Anglais l'appel, ayant une portée relativement restreinte, n'est pas en général suspensif d'exécution, à moins de disposition contraire, motivée, de la décision entreprise. Et ceci nous amène à préciser que, le plus souvent, les cas où l'on pourra procéder à l'exécution provisoire ne sont pas strictement déterminés par la loi, mais laissés à l'appréciation du juge saisi du litige : à sa fonction de dire le droit celui-ci devra donc ajouter celle de décider sur l'exécution : il sera, simultanément, mais par des dispositions distinctes, juge du fond et juge de l'opportunité de l'exécution. Tantôt il aura statué sur l'exécution en même temps que sur le fond, et c'est une disposition même du jugement frappé d'opposition ou d'appel qui décide qu'on pourra y procéder malgré ceux-ci, tantôt c'est le juge saisi du recours qui est saisi, *in limine litis*, d'une demande relative à l'exécution, et tendant soit à la faire interdire au cas où la première décision l'aurait prononcée, soit à l'entendre ordonner au cas contraire. Dans les deux cas le juge aura à apprécier l'opportunité de l'exécution en se fondant sur la gravité de celle-ci, son caractère plus ou moins réparable, et sur l'urgence — l'appréciation de l'apparence du droit sera encore plus spéciale que dans les cas précédents : au cas où c'est la décision entreprise qui décide de l'exécution, les magistrats auront à mettre en balance les chances de réformation que court la décision qu'ils viennent de prendre avec la nécessité de sa mise en œuvre immédiate — au cas où c'est le juge du recours qui statue sur l'exécution, il doit évaluer, au regard des intérêts pratiques en jeu, la probabilité d'une décision qu'il doit rendre lui-même, et la valeur apparente de celle qui lui est déférée et qu'il n'examinera, au fond, que plus tard. Pour éprouver le caractère sérieux

des prétentions du créancier, en même temps que pour garantir le recours éventuel du débiteur, les premiers juges pourront d'ailleurs ne permettre l'exécution que moyennant caution. C'est ce que décidait, en tout état de cause, l'ordonnance de 1667 (Tit. XVII, art. 15). En ce qui concerne les juges d'appel, cette même ordonnance tentait d'entraver l'arbitraire des Parlements, qui arrêtaient trop facilement l'exécution de jugements définitifs ou exécutoires par provision : l'art. 16 du même titre déclarait nulles et de nul effet les « défenses et surséances » accordées en ce dernier cas (1). Le même désir de réaction du législateur napoléonien contre ces pratiques est assez apparent dans l'art. 647 Code de commerce qui va jusqu'à mettre en jeu la responsabilité personnelle des magistrats qui auraient suspendu l'exécution des jugements-consulaires. L'art. 460 du Code Pr. C. contient une disposition analogue, mais il est précédé de trois autres qui délimitent en détail les pouvoirs, sur l'exécution du juge d'appel saisi du fond (cf. *infra*, n° V, p. 70).

Le caractère, réparable ou non, de l'exécution provisoire, se trouvait, semble-t-il, dans un cas particulier, pris expressément en considération par l'Ancien Droit français : d'après Jousse (2), étaient susceptibles d'exécution provisoire « toutes les sentences interlocutoires, préparatoires « et d'instruction, qui peuvent se réparer en définitive ».

(1) « Mais ces dispositions », nous apprend Pigeau au XVIII^e siècle, « sont tombées en désuétude. La crainte que les juges inférieurs n'abusent de leur pouvoir, que les contraintes exercées en vertu de leurs jugemens ne causent un préjudice irréparable, et les exemples qu'il y en a, ont fait croire aux Tribunaux supérieurs qu'il fallait y déroger : et le silence de la législation, qui n'a point empêché cet usage, a été regardé comme une approbation tacite. Ces défenses... sont très fréquentes ; mais on ne peut dissimuler que, quoique dans les Tribunaux supérieurs on puisse les faire lever promptement, elles causent souvent des préjudices considérables, par la facilité qu'elles donnent au condamné de vendre ses meubles, et échapper aux poursuites de ses créanciers ; il semble que l'on devrait seulement défendre l'exécution qui peut lui nuire irrévocablement ; comme la contrainte par corps et la vente de ses biens et non les saisies et autres actes conservatoires ; mais ces défenses sont générales. Souvent les juges, en décidant le fond, remédient à l'abus qu'on en a fait ; souvent il n'est plus temps. » (Procédure du Châtelet, t. I. Exécution forcée. Voies de réformation. Obstacles qu'elles apportent).

(2) Commentaire sur l'ordonnance civile, tit XVII, art. 17.

Par exemple : « si », dit Pothier (1) « au lieu d'ordonner « qu'un marchand donnerait, sans déplacer, communication à la partie adverse de l'endroit de son livre de commerce qui fait l'objet de la contestation, on ordonnait que « le marchand mettrait entre les mains de sa partie adverse « pendant un mois, sur son récépissé, ses livres de commerce, le marchand qui appellerait de cette sentence prétendrait, avec raison, qu'elle ne doit point être exécutée « nonobstant l'appel, car le préjudice qu'il souffrirait de « son exécution par la manifestation du secret, n'est pas « réparable en définitive ».

Une telle distinction, en tant qu'ayant une portée générale, n'est plus admise en Droit français ; on a vu comment devait s'interpréter l'interdiction faite au juge du provisoire du « préjuger du principal » : il s'agit pour lui d'une véritable impossibilité juridique et non d'une prohibition d'ordre pratique. Les raisons de décider sont les mêmes ici.

En Droit français moderne, si de pareilles considérations n'entrent pas formellement en ligne de compte, les pouvoirs d'appréciation du juge de l'exécution sont délimités avec une certaine précision (2). Il faut signaler dès à présent, pour n'avoir plus à y revenir, la division fondamentale des voies de recours entre celles qualifiées d'ordinaires et celles dites extraordinaires. Son effet dans le domaine de l'exécution est le suivant : alors que l'opposition et l'appel, réputés « ordinaires », sont en principe suspensifs de l'exécution, la requête civile et le pourvoi en cassation ne le sont pas. On a contesté la valeur, en Droit moderne de cette distinction, qui est avant tout d'origine historique. Dans son étude sur les « ouvertures communes à cassation et à requête civile » (Thèse Paris, 1924), M. Plassard maintient qu'elle n'est pas dépourvue de sens, son critérium étant que les voies extraordinaires ne sont ouvertes que dans des cas strictement déterminés par la loi (*op. cit.*, p. 14). On

(1) Procédure civile, n° 342.

(2) Il ne sera pas question ici des cas d'intérêt très limité, où le jugement est provisoirement exécutoire de plein droit en vertu d'un texte exprès : ainsi en matière de récusation d'un expert (312) ou d'un magistrat (396), de réception de cautions (521), etc.

pourrait se demander tout au moins (et cet auteur n'y contredirait pas puisqu'il admet qu'en Droit français force de chose jugée et force exécutoire ne vont pas de pair) si cette division, à la supposer fondée, emporte nécessairement comme conséquence le caractère non suspensif des voies de recours extraordinaires : en ce qui concerne tout au moins le pourvoi en cassation, nous ne verrions rien de choquant à ce qu'il fût déclaré suspensif, comme il l'est en matière pénale, en général, ou tout au moins que les juges du fond jouissent à cet égard d'un certain pouvoir d'appréciation. Croit-on que la perspective du trouble apporté par la cassation d'un arrêt exécuté puisse ne jamais peser en rien sur l'opinion des juges suprêmes ? La prise à partie, bien que représentant peut-être une survivance d'un stade archaïque de l'appel, dépasse par son caractère et son domaine d'application une simple voie de recours contre une décision ; quant à la tierce opposition, bien que classée, elle aussi, dans le Livre IV de la première partie du Code, relatif aux « voies extraordinaires pour attaquer les jugements », elle doit être considérée, du point de vue de cette étude, comme intermédiaire entre voies ordinaires et voies extraordinaires : au cas de tierce opposition, dans la généralité des cas « les juges pourront, suivant les circonstances, suspendre l'exécution du jugement » (art. 478, C. de proc.). Il n'en est autrement que s'il s'agit d'un jugement « passé en force de chose jugée, portant « condamnation à délaisser la possession d'un héritage » : en ce cas la décision attaquée devra être exécutée (1) malgré le recours. C'est pourquoi on reconnaît à ce dernier un caractère intermédiaire.

II. Caractère de la décision sur l'exécution provisoire. — Nous devons nous attendre à trouver dans ce

(1) L'importance particulière accordée par le législateur à l'exécution en matière immobilière, ou le caractère suspect de la voie de recours en ce domaine, se traduit, lorsqu'il s'agit de requête civile, par une disposition plus rigoureuse encore : ce n'est pas *malgré* le recours, mais *avant* celui-ci que la condamnation « à délaisser un héritage » doit être exécutée (art. 497 C. proc.).

domaine, comme au chapitre précédent, le même caractère particulier de la décision sur l'exécution : bien qu'émanant de l'autorité judiciaire, et, ici, de l'autorité même qui statue ou qui va statuer sur le fond, elle ne donne à la partie que le droit d'agir sous sa propre responsabilité : il s'agit du provisoire, on doit donc aboutir à l'effacement des actes accomplis provisoirement, si la décision définitive n'emporte pas de semblables conséquences matérielles : que la restitution in integrum soit en fait difficile ou impossible, cela n'est pas niable, mais une action en dommages-intérêts est ouverte à la victime. Le principe est clairement exposé pour un cas tout voisin par un récent arrêt de la Chambre civile : (30 janvier 1934) (1) « aussi bien le locataire qui « refuse de s'incliner devant une décision exécutoire que le « propriétaire qui poursuit à ses risques et périls l'exécution d'un jugement d'expulsion frappé de pourvoi sont « éventuellement responsables du préjudice résultant, soit « de la résistance injustifiée du premier, au cas où son « pourvoi est rejeté, soit de l'exécution hâtive de la décision attaquée au cas où le pourvoi est admis ».

Une autre décision précise : « Indépendamment de toute « mauvaise foi ou intention de nuire, le simple préjudice « causé par l'exécution d'un jugement infirmé en appel « suffit pour justifier une condamnation à des dommages-intérêts » (Civ. 12 février 1895) (2). Un autre arrêt (Req. 3 février 1863) (3) déclare « que la mise à exécution d'un « jugement par défaut attaquant par opposition constitue « une faculté dont l'exercice a lieu aux risques et périls de « la partie à qui la loi permet d'en user. Qu'en effet, cette « partie agit alors en vertu d'un titre dont la validité est « subordonnée à la condition qu'il ne sera pas formé d'opposition ou que l'opposition formée sera rejetée, qu'ainsi « elle est responsable du dommage causé soit par ses actes « d'exécution antérieurs à l'opposition, soit par le maintien « de ses actes postérieurement à l'opposition, si le jugement

(1) S. 1935.1.65.

(2) S. 97.1.258.

(3) S. 63.1.70.

« est mis à néant par une décision définitive ». Ces citations montrent clairement qu'à la différence de ce qui est décidé pour l'emploi abusif d'instances au fond, nous sommes loin, ici, de la théorie de l'abus de droit : aucune mauvaise foi n'est alléguée.

S'étonnerait-on dès lors de cette responsabilité encourue, pour le motif que, selon la décomposition classique de la responsabilité en ses trois éléments, si l'on aperçoit bien le préjudice et le lien de celui-ci avec les agissements du créancier, on ne voit pas ce qui peut être reproché à ce dernier qui n'a fait qu'user de son droit ? Une longue note de M. Josserand au Dalloz 1923, 2. 49, systématisant les solutions jurisprudentielles, conclut à une application de la théorie du risque. La discussion de cette thèse nécessiterait donc une prise de position préalable sur le fondement de la responsabilité civile, qui ne saurait prendre place ici. Nous croyons néanmoins possible de résoudre le problème de cette responsabilité spéciale par une application des principes généralement reçus. Un arrêt déjà ancien semble bien esquisser une explication du phénomène, par cette considération que le jugement frappé d'appel « n'est qu'un titre « résoluble, que déjà l'appel interjeté a remis en question, « et dont le sort dépend du résultat de cet appel : qu'en cas « d'infirmerie l'exécution demeure *sans titre* et n'a plus de « base légale ; qu'il serait contraire à l'équité que l'appelant, « dont la résistance est en définitive reconnue fondée, dût « supporter le préjudice résultant d'une exécution que son « adversaire a eu *l'imprudence* de poursuivre avant d'être « assuré de son droit ; qu'il importe peu que cette exécution « n'ait pas été déclarée faite de mauvaise foi et avec intention de nuire ; qu'il suffit qu'elle ait entraîné un dommage « pour que son auteur soit tenu de le faire aux termes des « principes généraux du droit qui rendent chacun responsable de son fait et voient *une faute imputable dans une « simple imprudence* ». (Req. 17 avril 1864) (1). Que l'exécution soit déclarée sans titre, au cas d'infirmerie, et en ce cas

(1) S. 64.1.157.

seulement, c'est une question sur laquelle nous reviendrons. Ce qu'il faut retenir, pour l'instant, c'est la nature de la faute reprochée au poursuivant : il s'agit d'un quasi-délit ; il a commis une erreur dans le calcul des chances finales de succès de son procès : que le juge ait, ou non, eu lui-même ce calcul à faire (dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt examiné, s'agissant d'un jugement commercial il avait seulement à apprécier l'opportunité d'une caution), sa décision ne saurait couvrir le demandeur, à qui l'autorisation n'est accordée que sous sa propre responsabilité, s'il en use (1) ; ainsi les autorisations administratives laissent-elles libre le jeu des responsabilités civiles. Et il s'agit bien, là aussi, à quelques égards, d'un ordre tout matériel, bien que réglementé par des dispositions incluses dans des décisions judiciaires sur le fond, ordre étranger par sa nature à la détermination de la situation juridique des parties dont il n'est que l'auxiliaire et dont il cherche à préfigurer les contours. Ce caractère a été dégagé pour les mesures conservatoires ; on aperçoit sans peine qu'il est le même dans tous les cas de décision sur l'exécution, en y comprenant les décisions sur l'exécution provisoire : ni le juge qui la prononce en fait à tort, ni le défendeur qui la subit ne sauraient en supporter le poids ; seul le demandeur doit en conserver la charge finale, s'il s'avère que les mesures prescrites préfiguraient l'exécution d'une décision qu'il n'était pas en droit d'attendre.

Ce rapprochement entre la décision sur la mesure d'exécution (*lato sensu*) autorisée provisoirement, par exemple en matière de référé, et la décision sur l'exécution provisoire se trouve sous la plume de Bertin qui veut par là justifier l'autorisation en référé de mesures de fait irrépa-

(1) Pour M. Josserand, dans la note précitée, on ne saurait au contraire « lui tenir rigueur de ce qu'il n'a pas été plus clairvoyant que les premiers juges ». Le résultat final sera seulement sa responsabilité « objective ». Nous ne croyons pas arriver à des résultats pratiques différents : nous sommes d'accord avec M. Josserand pour souhaiter qu'on ne distingue plus « ni d'après la nature des voies de recours, ni suivant que le gagnant « avait eu, ou non, connaissance de leur introduction, ni selon que son « attention avait été appelée plus ou moins formellement sur les dangers « de son initiative ».

rables qui cependant, juridiquement, ne « préjugent » pas du principal (1) : « la juridiction ordinaire rend, dans certaines circonstances, des décisions provisoires qui peuvent avoir pour conséquence des préjudices irréparables. Le Tribunal, alors qu'il statue en premier ressort, peut et doit, dans les cas déterminés par la loi, accorder l'exécution provisoire de son jugement ; la décision est provisoire puisqu'elle peut être infirmée par la Cour ; tout le monde admet que cette décision provisoire peut avoir pour résultat un préjudice définitif. »

III. Indépendance juridique et rapports pratiques de la décision sur le fond et de l'exécution provisoire.

— Mais, tel étant le caractère autonome du chef de la décision, relatif à l'exécution provisoire, s'il est bien, juridiquement, indépendant de la décision sur le fond, les deux dispositifs ne peuvent cependant être totalement indépendants en fait, puisque, pour la loi, et surtout pour le juge, la probabilité du bien-fondé de la décision au fond doit entrer en ligne de compte parmi les raisons d'accorder, ou non, l'exécution provisoire. Aussi bien une distinction primordiale a-t-elle existé en jurisprudence à ce point de vue, entre le jugement par défaut et le jugement contradictoire. Mais la question, selon nous, a été mal posée, la discussion ayant surtout porté, en fait, sur l'atteinte portée par la voie de recours à la valeur de la décision attaquée. Pour nous peu importe, au regard de l'exécution provisoire, l'effet juridique de l'opposition et de l'appel sur la décision au fond : du point de vue où nous nous plaçons actuellement nous ne verrions aucun inconvénient à admettre que celle-ci soit anéantie : cette destruction, en supposant qu'elle ait lieu, n'aurait aucun effet sur le caractère exécutoire de la décision entreprise, caractère qui peut, dans certains cas, être maintenu, comme, dans d'autres cas, être suspendu : nous considérons à ce point de vue comme le fruit d'une confusion l'affirmation cou-

(1) Référé, éd. 1877, n° 167, p. 121.

rante selon laquelle : « on ne conçoit pas qu'on puisse « exécuter, même provisoirement, un acte qui n'existe pas » (1).

En effet, pour nous, la décision ordonnant l'exécution, lorsque celle-ci est provisoire, n'a pas besoin juridiquement d'être soutenue par une décision sur le fond du droit, puisqu'elle est une simple mesure de fait destinée à assurer l'exercice de la décision définitive : ce n'est que lorsque cette dernière est intervenue qu'il y a correspondance entre la décision sur le fond et celle sur l'exécution, celle-ci étant alors le corollaire de celle-là : alors seulement, si le calcul de probabilité effectué par le juge de l'exécution provisoire se trouve déjoué, on pourra dire que la mesure d'exécution autorisée a été prise « sans titre » (cf. *supra*, p. 63) ; mais au moment où elle était prise, il n'y avait pas, de toute façon, de titre exécutoire, si l'on entend par là celui qui emporte à la fois chose jugée et force exécutoire : la force exécutoire de la décision attaquée avait survécu à la chose jugée, et ces deux éléments ne se retrouveront liés que lorsque le créancier aura obtenu une décision irrévocable ; jusque-là l'effet dévolutif et l'effet suspensif de la voie de recours sont distincts, non pas seulement pour les besoins de l'analyse, mais parce qu'ils s'exercent en complète indépendance. Et l'effet « suspensif de l'autorité de la chose jugée » (2) ne doit pas selon nous être distingué de ce qu'en matière d'appel on appelle l'effet dévolutif : qu'il s'agisse d'opposition ou d'appel, la chose jugée est totalement remise en question pour qu'il y soit à nouveau statué, soit par la même juridiction jugeant contradictoirement dans le premier cas, soit par la juridiction d'appel dans le second. Mais il n'en est pas moins vrai que cette chose jugée, même dénuée de toute force juridique, peut être considérée comme créant, en fait, un préjugé assez fort pour qu'on permette l'exécution forcée des mesures qui en sont la conséquence.

(1) Japiot, Revue trimestrielle, 1911, p. 862.

(2) Japiot, Rev. trim., 1924, p. 744.

IV. Mesures conservatoires prises en vertu de décisions frappées de recours et non exécutoires par provision. — Il faut aller plus loin : non seulement le juge a le pouvoir d'autoriser l'exécution *stricto sensu* d'une décision n'ayant aucune autorité sur le fond, mais, même si l'exécution provisoire proprement dite ne lui est pas accordée, le demandeur pourra prendre des mesures conservatoires, mesures d'exécution *lato sensu*, qu'il ne pourrait pas prendre sans titre, telles qu'une hypothèque judiciaire. Ces mesures tomberont si la décision dont elles préjugeaient, en fait, la confirmation, est réformée contrairement à l'espoir du créancier, elles seront maintenues au cas contraire et comme validées rétroactivement, comme le serait une saisie conservatoire validée par le jugement sur le fond, ou des mesures d'exécution autorisées en référé qui se trouveraient finalement conformes à la décision définitive. Et ces mesures, avons-nous dit, pourront dépasser en importance les mesures provisoires que le créancier pourrait prendre sans titre ni jugement : en effet, s'agissant de mesures conservatoires prises en considération de la situation de fait des plaideurs et de l'apparence de leurs droits, on ne pourra négliger ce fait, à savoir qu'il est intervenu entre eux un jugement, même si l'on considère que ce dernier n'a aucune valeur juridique. Il serait assez vain, à notre sens, de rechercher si le jugement frappé de recours et non exécutoire par provision constitue ou non un « titre » : à coup sûr, ce n'est pas un titre exécutoire si l'on entend par là celui dont le caractère exécutoire ne peut plus être mis en question, sérieusement, par le débiteur. Il faut dire au contraire qu'il a cette qualité si on attribue cette dernière à l'ensemble de feuilles de papier portant un texte qui présente toutes les apparences d'un jugement, avec la formule exécutoire, sans révéler en sa forme l'espèce de vice caché que constitue la voie de recours postérieure à son établissement. Quant à lui reconnaître la valeur d'un titre sous seings privés, nous n'y voyons pas d'inconvénient, mais les conséquences de cette thèse seraient assez limitées : elle justifierait seule-

ment la saisie-arrêt formée en vertu d'un jugement contradictoire frappé d'appel, ainsi que le permet la jurisprudence (Cass. 19 août 1931) (1), qui reconnaît également à présent, la possibilité de pratiquer cette voie d'exécution en vertu d'un jugement par défaut frappé d'opposition (Civ. 22 février 1932) (2). Mais reconnaître à ce titre une telle valeur ne suffirait pas à justifier l'inscription d'une hypothèque judiciaire, qui ne pourrait de toute façon être prise qu'en vertu d'un acte authentique : or la Cour de cassation a reconnu la validité d'une telle inscription, même prise en vertu d'un jugement frappé d'opposition (Civ. 4 août 1913, D. 17. 1. 121). Elle l'a fait en arguant du caractère conservatoire de la mesure prise : et c'est selon nous avec raison (contra n. Cézard-Bru au D. 1917. 1. 121). Peu importe en effet que le jugement soit, au fond, dénué de toute valeur : on peut tout au moins, en prévision du cas où ce jugement viendrait à être confirmé, accorder au créancier le pouvoir de sauvegarder le droit spécial qu'il a eu un moment, et qu'il aura peut-être à nouveau, définitivement : la mesure conservatoire prise en considération de ce fait nouveau (qu'il est intervenu un jugement) est l'inscription d'hypothèque judiciaire, « mesure conservatoire du droit conféré par le jugement » (Civ. précité). Au cas de débouté d'opposition l'inscription est validée, ainsi le demandeur n'a pas à souffrir des longueurs du procès causé par l'opposition, et les intérêts du défendeur ne sauraient être gravement lésés.

Il n'y a donc pas ici de raison juridique de distinguer entre le jugement frappé d'appel et le jugement frappé d'opposition. L'erreur de la jurisprudence ancienne sur l'anéantissement par l'opposition du jugement de défaut, n'était pas, du point de vue où nous nous plaçons actuellement, de décider que l'opposition avait sur la chose jugée un effet destructif, mais de transposer dans le domaine de l'exécution une solution qui n'était valable que s'agissant

(1) S. 1932.1.74.

(2) D. H. 1932.202.

du fond : on peut admettre en effet que le jugement par défaut frappé d'opposition « n'a pas l'autorité de la chose jugée à l'égard du défaillant » (1) et que l'opposition « a pour effet de remettre les parties au même état où elles se trouvaient avant le dit jugement » (2) avec les conséquences que cet effet emporte sur les débats (maintien des positions de demandeur et de défendeur, possibilité de demandes et de mesures d'instruction nouvelles) (3), mais précisément ces conséquences, quelques matérielles qu'elles soient, ne portent que sur la procédure tendant à obtenir une décision de

(1) N. Cézard-Bru, sous Civ. 4 août 1913. D. 17.1.121.

(2) Civ. 6 mars 1889. S. 89.1.198.

(3) Nous ne prétendons pas ici trancher la question de savoir si l'opposition « anéantit » ou non, au fond, le jugement de défaut, puisque nous avons dit que ce n'était pas la solution de ce problème qui conditionnait l'octroi de l'exécution provisoire ou des mesures conservatoires. Il ne semble pas certain toutefois qu'encore actuellement la Cour de cassation reconnaisse une valeur quelconque sur le fond au jugement frappé d'opposition : il faut remarquer en effet que la plupart des décisions anciennes citées habituellement comme consacrant la thèse de l'anéantissement ne concernaient en fait que des questions de fond ou de procédure tendant à obtenir une décision sur le fond (modification des conclusions : Civ. 6 mars 1889. D. 90.1.70 ; Civ. 1^{er} juillet 1912. S. 12.1.395. Chose jugée : Civ. 23 novembre 1881. S. 82.1.113 ; Civ. 1^{er} février 1911. S. 13.1.363). Par contre, lorsque la thèse de l'anéantissement est repoussée, c'est qu'il s'agit d'une mesure conservatoire (hypothèque judiciaire : Civ. 17 mars 1880. S. 82.1.405 : saisie-arrêt : Civ. 22 février 1932. D. H. 32.202). Le seul arrêt, à notre connaissance, ayant attribué des conséquences à la thèse de l'anéantissement dans le domaine de l'exécution *lato sensu* aurait donc été celui de la Chambre civile du 3 février 1892 (S. 92.1.140). Un arrêt de Req. du 31 octobre 1893 au D. 94.1.549 donne, lui, une solution incontestable puisqu'il s'agit d'un commandement, préliminaire d'une saisie impossible sans exécution provisoire. A présent le revirement de jurisprudence va-t-il jusqu'à reconnaître la survivance, au fond, du jugement de défaut frappé d'opposition ? Cela ne paraît pas certain. La décision qui paraîtrait à première vue la plus concluante serait celle ayant annulé les engagements souscrits par un prodigue après l'opposition faite par lui au jugement par défaut lui nommant un conseil judiciaire, l'opposition ayant été déclarée par la suite mal fondée (Civ. 20 décembre 1922. S. 23.1.263). Mais il s'agit là d'un cas particulier, où la jurisprudence déclare que l'appel même n'est pas suspensif (Req. 11 décembre 1911. S. 12.1.551). Déclarera-t-on plus décisif un autre arrêt plus ancien permettant à l'opposant une exécution volontaire valant acquiescement (Civ. 29 novembre 1910. S. 11.1.559) ? D'autre part, permettre au créancier muni d'un jugement frappé d'opposition d'intervenir dans une instance (Civ. 21 juillet 1919. S. 1922.1.73), c'est là plus l'autorisation d'une mesure conservatoire que la reconnaissance d'un droit (cf. *supra*, chap. I, p. 51, n° XII). Enfin, la portée d'une décision relative à la signification par le même acte du jugement par défaut et de celui de débouté d'opposition (Req. 1^{er} août 1924. S. 24.1.364) paraît tout à fait minime.

fond, et il n'y a aucune raison, dans notre système, de les étendre aux mesures conservatoires. Ce qui permettrait seulement de justifier, d'un point de vue législatif, l'ancienne solution jurisprudentielle, serait cette considération que le jugement par défaut confère au droit du demandeur une moins grande vraisemblance que le jugement contradictoire et que dès lors, on doit autoriser des mesures conservatoires moins facilement après le premier qu'après le second ; mais en l'état actuel des textes il n'est pas possible de distinguer entre l'un et l'autre, en ce qui concerne les mesures conservatoires qu'ils ouvrent au créancier à défaut d'exécution provisoire.

Par contre nous allons voir que cette distinction entre le préjugé créé par le jugement de défaut et le préjugé plus fort qu'apporte le jugement contradictoire existe dans la loi, lorsqu'il s'agit d'octroyer cette exécution provisoire.

V. Cas d'exécution provisoire nonobstant opposition et appel. — L'exécution provisoire des jugements par défaut des Tribunaux civils n'est accordée, et pour cela le juge jouit nécessairement d'un certain pouvoir d'appréciation, que s'il y a péril en la demeure (art. 155) ; les juges peuvent ou non, demander une caution (1). En matière d'appel les Tribunaux et Cours ne jouissent pas d'un entier pouvoir d'appréciation, et les art. 135, 457 ss. du C. P. C. leur tracent en matière civile certaines règles : le législateur a estimé inopportun de laisser au juge le pouvoir d'apprécier en toute liberté, dans chaque cas, si la gravité de l'exécution, le caractère apparemment dilatoire du recours, ou l'urgence de procéder à l'exécution, justi-

(1) Il existe d'ailleurs une double notion de l'exécution provisoire en matière d'opposition : l'art. 155 du C. de proc. civ. qui, en cela, n'a pas été modifié par le décret-loi du 30 octobre 1935, interdit en principe l'exécution pendant huitaine de la signification du jugement de défaut. Mais au cas d'urgence, dans les cas prévus par l'art. 135 du C. de proc. civ. (cf. ci-dessus) l'exécution peut être ordonnée avant l'expiration de ce délai. Il est à remarquer que le juge statuant sur l'exécution nonobstant opposition sera, d'une part, plus libre, puisque les cas d'exécution provisoire ne seront pas limités par l'art. 135, mais d'autre part qu'il ne pourra l'accorder qu'au cas de péril en la demeure et non simplement d'urgence.

fiait ou non l'exécution provisoire, ou encore si la probabilité de réformation au fond incitait à ne la prononcer que moyennant caution.

En ce qui concerne le juge de première instance, le Code distingue deux catégories de cas (1), tout d'abord (135, § 1, C. P. C.) ceux où il est probable que le débiteur est de mauvaise foi en son appel, et que la décision entreprise sera confirmée : « l'exécution provisoire sans caution sera « ordonnée s'il y a titre authentique, promesse reconnue, « ou condamnation précédente par jugement dont il n'y « ait point d'appel ». Dans les autres cas le juge de l'exécution jouit d'un certain pouvoir d'appréciation : il pourra ordonner l'exécution provisoire, avec ou sans caution. Ce sont, pour la plupart, des cas où l'exécution en question ne présente pas un caractère de gravité extrême, s'agissant presque uniquement de questions d'administration ou de procédures conservatoires : apposition et levée de scellés, ou confection d'inventaire (on rappellera la compétence du Président des référés en matière de scellés : art. 921 et 928, C. P. C. et en matière d'inventaire 944 C. P. C.), de séquestres (pour le pouvoir du juge des référés en ce domaine, cf. *supra*, ch. I, p. 48 n. 4) commissaires et gardiens, réception et certificateurs (cf. pour la décharge en référé du gardien de la saisie-immobilière, 606, C. P. C.); pour ce qui est de la nomination de tuteurs, curateurs et autres administrateurs et de reddition de compte, il s'agit ici de mesures plus graves, mais où il peut y avoir urgence. La considération de l'urgence l'emporte tout à fait dans quelques cas où il s'agit de questions de fond : pension ou provisions alimentaires (on rappellera qu'une pension provisionnelle peut être allouée en référé Civ. 29 mai 1922) (2)

(1) Il n'y a pas en matière d'appel la dualité d'exécutions provisoires qui existe en matière d'opposition : outre que depuis le décret du 30 octobre 1935 l'exécution est de toute façon possible dès le jugement, dans le régime antérieur (art. 450, abrogé par le décret) où cette exécution était en principe suspendue pendant huitaine du jugement, c'était l'exécution provisoire nonobstant appel qui permettait d'exécuter même pendant ce délai.

(2) D. 1925.1.214.

et réparations urgentes (elles pourraient être prescrites en référé « pour le compte de qui il appartiendra »), expulsion des lieux lorsqu'il n'y a pas de bail, ou que le bail est expiré (sur la possibilité de débattre ces questions en référé, cf. *infra*, 2^e partie, ch. II, p. 123, n. 5). Enfin, une conception extensive des pouvoirs du juge de l'exécution provisoire se fait jour dans certaines décisions, en cas de « nécessité » (1).

Il faut noter que l'exécution provisoire est exclue au cas où la voie d'exécution à entreprendre serait la saisie-immobilière : la décision sur l'exécution ne peut avoir en ce cas pour effet d'autoriser malgré l'appel l'expropriation forcée : en effet, l'art. 2215 n'autorise au cas d'exécution provisoire que la poursuite de la saisie-immobilière et l'adjudication ne peut avoir lieu qu'après le jugement définitif en dernier ressort ou passé en force de chose jugée ;

(1) Cf. Amiens, 10 août 1893. D. 93.1.580. Ce sont là autant de cas où le législateur a estimé pour des considérations d'opportunité qu'on pouvait priver en partie le défendeur des garanties de discussion judiciaire offertes par les différentes voies de recours, puisqu'on permet à la décision frappée de produire effet immédiatement et nonobstant cette voie de recours. Les mêmes considérations ne pouvaient-elles l'amener à modifier dans ces cas le débat de premier degré lui-même et le rendre plus rudimentaire ? Il est en effet intéressant de constater la parenté entre les cas de « matière sommaire » et ceux d'exécution provisoire : si l'on élimine la considération de la modicité du litige, les mêmes facteurs jouent pour l'énumération de l'art. 404 ainsi que pour celle de l'art. 135 : existence d'un titre non contesté, caractère provisoire ou urgent de la demande (remarquer toutefois que les pensions alimentaires à caractère définitif n'y figurent pas « et qu'il ne suffit pas qu'elles requièrent célérité pour leur « attribuer ce caractère ». Req. 26 juillet 1865. D. 65.1.495. Par contre, les affaires d'accidents du travail doivent être jugées sommairement : art. 16 de la loi du 9 août 1898) ; en ce qui regarde les demandes en paiement de loyers, fermages et arrérages de rentes, il semble que la simplicité de la question à résoudre ait seule guidé le législateur. Un rapprochement pourrait aussi être fait avec les cas de dispense du préliminaire de conciliation (art. 49 C. proc. civ.) : on y retrouverait les demandes qui requièrent célérité, les demandes en paiement de loyers, fermages et arrérages de rentes ou pensions, mais les dispositions de l'art. 49 sont également inspirées par des motifs tout particuliers : il s'agit d'hypothèses où la conciliation est impossible, soit par suite des dispositions d'esprit présumées des parties, soit par des motifs juridiques tirés de l'ordre public : de sorte que cette comparaison ne saurait être poussée trop loin. Pour en revenir aux matières sommaires, on pourrait se demander s'il ne serait pas possible, de façon générale, d'ouvrir plus largement au demandeur une procédure simplifiée lorsque la demande en justice sera formée en réalité, moins en vue de faire trancher une question de droit qui ne saurait faire l'objet d'une difficulté sérieuse que pour obtenir un titre exécutoire permettant de recourir à la force publique (cf. *supra*, chap. I, p. 46).

c'est donc une limitation apportée par la loi aux effets de la décision du juge sur le chef de l'exécution : la gravité de la mesure à prendre l'emporte ici sur la certitude pratique du juge l'autorisant provisoirement. L'art. 2215 rend même le délai d'opposition suspensif de la poursuite.

Cette solution n'est pas isolée : la loi détermine certains cas, exceptionnels il est vrai, où le délai d'opposition ou d'appel est par lui-même suspensif d'exécution : la jurisprudence admet que ces cas dérogent à l'exécution provisoire (1). Tel est notamment le cas d'une condamnation à faire exécuter par un tiers (548 C. pr. C.) de la suppression ou du rétablissement d'un acte reconnu faux (241 C. P. C.), et encore en matière de divorce, où même le délai de pourvoi en cassation est suspensif s'il y a eu arrêt (253 C. C.), de radiation d'hypothèque (2157 C. C.), de nomination d'un tuteur à un interdit (505 C. C.).

En matière commerciale on admet généralement que l'exécution provisoire des jugements a lieu de plein droit ou doit être prononcée, à charge pour le demandeur de fournir caution ou de justifier de « solvabilité suffisante » (art. 439 C. P. C. cf. n. Cézard-Bru au D. 26.2.17).

V. L'exécution provisoire devant les juges d'appel. — La décision des premiers juges quant à l'exécution provisoire n'est pas plus intangible que leur décision sur le fond : la Cour d'appel saisie du recours sur ce dernier peut également réformer dans une certaine mesure le chef du jugement entrepris relatif à l'exécution : comme l'instance du fond, l'instance sur l'exécution comporte deux degrés. On admet logiquement, ce qui montre encore l'indépendance de ces deux instances, que la demande d'exécution provisoire, formée pour la première fois en appel, ne tombe pas sous le coup de la prohibition des demandes nouvelles que porte l'art. 464 : en effet elle n'a aucun rapport avec la « demande » qui constitue la question de droit à trancher par le juge (2). Toutefois dans le système établi

(1) Civ. 9 juin 1858. D. 58.1.246.

(2) Décisions de Cours d'appel citées au Dalloz, Rép. prat. v^o Appel

par les art. 457 à 460 C. P. C. le pouvoir d'appréciation du juge d'appel est assez limité, il doit d'abord vérifier la légalité de la décision prise par le Tribunal relativement à l'exécution provisoire : si elle « a été ordonnée hors des cas prévus par la loi, l'appelant pourra obtenir des défenses » (art. 459); il pourrait encore en obtenir si le jugement entrepris était à tort qualifié en dernier ressort (art. 457, al. 2). Mais « en aucun autre cas il ne pourra être accordé de défenses » (art. 460) : ainsi la Cour ne pourrait arrêter l'exécution que le Tribunal aurait ordonnée en vertu du libre pouvoir d'appréciation que lui laisse l'art. 135, alinéa 2, sur ce point l'appréciation d'opportunité faite par les premiers juges lie les juges d'appel. Par contre « si « l'exécution provisoire n'a pas été prononcée dans les cas « où elle est autorisée », l'intimé pourra la faire ordonner (art. 458). Il en sera de même lorsqu'un jugement, dans lequel « les juges étaient autorisés à prononcer en dernier « ressort » n'est pas qualifié, ou est à tort qualifié en premier ressort (art. 457, al. 3). On peut donc constater une certaine dissymétrie entre les pouvoirs de la Cour pour prescrire et ceux qu'elle a pour arrêter l'exécution. Le Code de commerce est encore plus restrictif puisque l'art. 647 C. com. interdit en tous cas la Cour de suspendre l'exécution des jugements consulaires. Il faut voir là un legs de l'Ancien Régime (cf. *supra*, p. 59, texte et n. 1). En dehors d'ailleurs de cette raison historique, une telle inégalité n'est peut-être pas injustifiable, au regard des principes que nous avons dégagés plus haut : elle est en effet favorable à l'exécution provisoire des jugements contradictoires, et le caractère de ceux-ci donne aux prétentions du gagnant une grande apparence de vraisemblance. Pour reprendre une expression de M. Japiot (1), à la différence du jugement par défaut, « un jugement contradictoire de première instance peut créer un préjugé, car il est entouré de garanties ».

en matière civile, n° 559 ; pour une mesure conservatoire, voir Req. 4 juin 1894. D. 94.1.375.

(1) Revue trim., 1911, p. 862.

VII. Exécution provisoire en justice de paix et devant les Conseils de Prud'hommes. — En résumé on peut voir que le juge de l'exécution provisoire ne jouit de pouvoir d'appréciation que dans des cas limités : il n'est juge de l'opportunité que dans un rayon d'action assez étroit. On trouverait cependant dans la loi française un exemple de plus grande souplesse : la loi du 27 mai 1838 sur les justices de paix, en dehors des cas « où il y a titre « authentique, promesse reconnue ou condamnation pré-
« cédente dont il n'y a point eu appel » n'offre aucune énumération liant le magistrat : ce dernier pourra ordonner « l'exécution provisoire, nonobstant appel, sans caution, « lorsqu'il s'agira de pension alimentaire ou lorsque la « somme n'excédera pas 300 francs, et avec caution, au-des-
« sus de cette somme » (art. 11, l'art. 12 prévoit même l'exécution sur minute, comme l'art. 811, C. P. C. pour l'ordonnance de référé). Un pouvoir analogue, sans dispense de caution pour la fraction supérieure au quart de la somme faisant l'objet de la contestation, existe au profit des Conseils de Prud'hommes (C. T. L. IV, art. 86). L'existence d'un pouvoir d'appréciation accordé aussi largement à des juridictions dont la compétence est actuellement assez étendue ne fait-elle pas douter de la nécessité de réglementer aussi minutieusement que ne le fait le Code les pouvoirs des Cours et Tribunaux en matière d'exécution provisoire ?

VIII. Conclusion. — En réalité, le système français de l'exécution provisoire est d'une complication aussi rare qu'injustifiable : non seulement chaque juridiction a ses règles propres, mais encore, devant le Tribunal civil il ne faut pas distinguer moins de trois sortes d'exécution provisoire (légale, judiciaire obligatoire, judiciaire facultative), pour les jugements de défaut il y a même deux degrés dans la nécessité d'une exécution immédiate. On ne voit pas l'inconvénient qu'il y aurait, ici, à remplacer cette réglementation minutieuse et désordonnée par l'octroi aux juges d'un large pouvoir d'appréciation.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Au cours des deux chapitres précédents, nous avons examiné, dans les grandes lignes, l'ensemble des mesures par lesquelles l'autorité judiciaire assure au créancier une certaine emprise sur les biens du débiteur, avant même qu'il n'ait apporté la preuve irréfragable de son droit. Tantôt la dette n'a fait l'objet d'aucune constatation judiciaire, tantôt il est déjà intervenu une décision, mais à celle-ci une voie de recours a retiré toute valeur impérative. Dans les deux hypothèses le juge a la faculté en certains cas d'autoriser le demandeur à protéger l'exercice futur du droit allégué, par des mesures, conservatoires dans le premier cas, plus graves dans le second, mais qui présentent le caractère commun de n'avoir aucune portée juridique quant au fond, consistant en des actes matériels effectués sous la responsabilité de celui qui les fait pratiquer, la permission de l'autorité judiciaire n'ayant pour but que de régler l'emploi, sans droit prouvé, de la contrainte.

Cette permission de l'autorité judiciaire présente donc ce caractère particulier de mettre en mouvement, au besoin, la force publique, sans que cette mise en jeu soit une conséquence directe de la déclaration judiciaire du droit. Nous ne discuterons pas de l'opportunité de chercher un nom générique qui n'existe pas dans la doctrine française pour ce genre de décision ne portant que sur l'exécution. Aussi bien avons-nous repoussé toute querelle de terminologie. Peu importe que les ordonnances sur requête aient un caractère « gracieux », du moment qu'on reconnaît au défendeur à l'exécution, défendeur éventuel

ou actuel au fond, le droit de remettre en question par un recours la décision prise. Peu importe que certains réservent la qualité d'acte juridictionnel à celui qui est, avant tout, une constatation « avec force de vérité légale », et qui, par voie de conséquence seulement, emporte habituellement, condamnation, et ordre aux agents d'exécution (1) : outre qu'il est curieux qu'on ait jamais paru songer à contester le caractère contentieux, et même le caractère juridictionnel, du chef d'une décision relatif à l'exécution provisoire nonobstant opposition ou appel, il nous suffit, avons-nous dit, de constater que dans les hypothèses que nous avons rapprochées il y avait, sur le terrain de l'exécution *lato sensu*, une contestation, actuelle ou en germe, et qu'un organe judiciaire était chargé de la trancher. Il n'en faut pas davantage, croyons-nous, pour justifier les expressions que nous avons employées de « contrôle juridictionnel » et de « contentieux » (2). Et si maintenant nous cherchons à avoir une vue d'ensemble de ces procédures, ce qui frappe est leur caractère fragmentaire, et l'étroitesse des cadres où se meut le juge. Alors qu'il s'agit d'appliquer, autant que possible, à la matière de la mise en œuvre pratique des décisions judiciaires, le

(1) G. Jèze, Principes généraux du droit administratif, 3^e éd., 1925 p. 50.

(2) Tout au moins ces expressions paraissent-elles suffisantes au regard de la présente étude. Ce serait au contraire tout autre chose qu'une querelle de terminologie que de rechercher la nature de l'acte juridictionnel, étude qui dépasserait singulièrement le cadre d'un simple thèse. Il faut, en effet, remarquer qu'en France cette étude n'a été entreprise sérieusement que par des publicistes (voir sur cette question capitale l'article de M. Vizios, Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française du droit public. Extrait de la Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger. Paris, 1931). En l'absence de toute théorie de cette sorte, en droit, sinon privé, du moins « processuel » ou « procédural », il est difficile de préciser en quoi le genre de décision judiciaire que nous avons essayé de dégager présente, ou non, le caractère juridictionnel, et en quoi la contestation qu'y tranche le juge est comparable à la « lite » qui est l'essence du procès dans une certaine doctrine italienne (cf. Vizios, *op. cit.*, p. 98, n. 1). Il est encore plus difficile d'essayer de caractériser cette catégorie par rapport à la classification, traditionnelle, mais qui mériterait un examen critique approfondi, entre juridiction gracieuse et juridiction contentieuse (cf. l'autre article de M. Vizios, Observations sur l'étude de la procédure civile. Extrait de la même Revue, 1931, notamment p. 49, n. 1).

principe que le demandeur ne doit pas souffrir des longueurs de l'instance, le magistrat n'a pas le pouvoir d'appliquer aux faits de la cause, la conséquence matérielle immédiate qui lui paraîtrait la plus apte à assurer l'exercice ultérieur du droit probable : une saisie-mobilière conservatoire ne peut être permise, de façon générale, qu'en matière commerciale, et nous avons vu que c'est par une énumération limitative que sont posés les pouvoirs du Tribunal civil en matière d'exécution provisoire (1). Un large pouvoir d'appréciation pourrait sans inconvénient, avons-nous dit, lui être accordé. La procédure nouvelle élaborée pour nos protectorats d'Afrique du Nord, qui se caractérise par le rôle prépondérant donné à l'autorité judiciaire dans la marche du procès, est, notamment sur ces points, plus large que la nôtre : l'art. 107 du Code Tunisien de procédure civile de 1911 est ainsi conçu : « il peut
« être pris des mesures provisoires relatives à l'objet du
« litige lorsqu'il est à craindre que la réalisation du droit
« d'une partie ne devienne impossible ou sensiblement
« plus difficile. Ces mesures consistent soit dans une mise
« sous séquestre, soit dans une saisie conservatoire, soit
« dans l'injonction ou l'interdiction d'accomplir un acte
« déterminé ». Et l'art. 191 du Dahir marocain sur la procédure civile, de 1913, dispose que « l'exécution provisoire peut toujours être ordonnée, avec ou sans caution, « suivant les circonstances de la cause. »

C'est de ces dispositions que le législateur métropolitain pourrait s'inspirer, sans inconvénient, croyons-nous : la réglementation actuelle de ces matières ne repose que sur des survivances étriquées.

Tel est le sens du projet de loi concernant la saisie conservatoire élaboré par la commission de réforme du Code de procédure instituée auprès du ministère de la Justice par

(1) Le projet de nouveau Code de procédure déposé sur le bureau de la Chambre des députés par deux Gardes des Sceaux successifs, le 5 mai 1894 et le 25 octobre 1898, se contentait d'ajouter aux cas d'exécution provisoire « tous les cas où il y a péril en la demeure ». Liv. II, tit. V, art. 20 *J. O. Dép.*, 1898, sess. extr., Annexes, p. 192.

un décret du 23 juillet 1934. Ce projet, adopté par la commission plénière le 10 mai 1935, supprime toute distinction, à ce point de vue, entre la procédure civile et la procédure commerciale. Le président du tribunal (civil ou de commerce) autorisera la saisie conservatoire, même des immeubles, par ordonnance sur requête, et aura à cette fin les mêmes pouvoirs, pour éprouver le caractère sérieux des prétentions du créancier, que le président du tribunal de commerce en vertu de l'art. 417 actuel du C. proc. ; mais il ne sera pas nécessaire de constater que le cas « requiert célérité ». Par contre, une obligation imposée par l'art. 559 actuel en matière de saisie-arrêt, est étendue à la saisie conservatoire : l'indication dans l'ordonnance du montant des causes de la saisie. La décision du président semble n'être pas susceptible de voie de recours (le projet ne reproduit pas la mention faite par l'article 417 actuel de l'exécution provisoire « nonobstant opposition ou appel »). Mais le retour devant le président en référé y est prévu : 1° jusqu'à expiration des délais d'assignation en validité, pour faire rapporter l'ordonnance ou restreindre ses effets, et ; 2° en tout état de cause, pour obtenir mainlevée à charge de consignation par le débiteur. La saisie doit être suivie, dans la huitaine, de l'assignation en validité devant le tribunal civil, accompagnant la notification de la saisie. La validation prononcée entraîne la conversion de la saisie en saisie-exécution ou saisie-immobilière.

La pratique a donné un considérable développement au référé et à la saisie-arrêt : nous n'irons pas comme certains auteurs jusqu'à en suggérer une réglementation législative plus précise, car le corps de jurisprudence à présent dégagé, et prêt à s'harmoniser avec de nouveaux besoins, nous paraît suffire, en une matière qui se passe volontiers de textes de principe.

Nous venons de parler de la saisie-conservatoire, institution qu'on peut regretter de voir confinée au droit commercial. Dans le même ordre d'idées, l'institution de la faillite civile pourrait représenter la procédure d'exécution par excellence, comme assurant la mise sous la main de justice de

tout le patrimoine du créancier, et permettant de réprimer certains de ses agissements, actuellement impunis. Mais ici la décision judiciaire dépasse, par son caractère une simple mesure de sûreté, puisqu'elle emporte, sur le fond du droit, de graves conséquences, abolissant dans son ensemble le pouvoir de disposition du failli, et que traditionnellement on voit là une modification du statut personnel de ce dernier.

Abandonnons maintenant les mesures antérieures à l'obtention d'un titre. Il ne faudrait pas croire qu'un pouvoir judiciaire analogue à celui que nous avons essayé de caractériser ne se manifeste pas, une fois le droit fixé au principal par une décision emportant l'autorité de la chose jugée. En effet, cette dernière oblige « chacun, en ce qui le concerne », à appliquer « les conséquences logiques de la constatation faite par le juge » (1). Cette obligation, en ce qui concerne le débiteur, se traduit par l'exécution volontaire : et nous aurons à examiner du point de vue législatif, si l'inaccomplissement de cette obligation peut être pénalement réprimée : c'est ce qui fait l'objet du chapitre suivant. Ensuite, à défaut d'exécution volontaire, cette obligation, concernant alors les agents de l'autorité publique, consiste pour eux à prêter leur concours au créancier « pour la réalisation de la situation juridique dont le juge « a constaté qu'il était le bénéficiaire » (2). Mais l'autorité judiciaire ne peut se désintéresser des conséquences que le créancier, porteur du titre, entend en faire tirer par les agents d'exécution : si de nouvelles difficultés juridiques s'élèvent, il faut avant tout assurer au créancier le respect de la présomption que lui confère le titre, jusqu'au moment toutefois où la mise en œuvre de ce dernier risque de nuire à des intérêts aussi respectables que l'autorité de la chose jugée.

C'est d'un nouveau contentieux qu'il s'agit et nous pouvons déjà pressentir que, dans bien des cas, les mêmes

(1) Jèze, *op. cit.*, p. 255.

(2) Jèze, *op. cit.*, *eod. loc.*

motifs d'opportunité que nous avons rencontrés précédemment inciteront le juge à trancher provisoirement la question d'exécution, sans pour cela trancher le fond : et même, beaucoup plus fréquemment que dans la première partie, cette décision ne sera ni accompagnée ni suivie d'une instance sur le « fond », fond qui serait bien souvent la question d'exécution elle-même.

Avec le dernier chapitre de cette étude nous aurons donc achevé de mettre en relief cette forme particulière d'activité du juge qui tend, suivant l'expression du Président de Belleyne (II.181), à « assurer par le fait l'exercice du droit au principal », et ce, non seulement pendant le procès qui tranchera ce « principal », mais encore dans la période qui précède l'introduction de l'instance et dans la période qui suit le jugement irrévocable, jusqu'à ce que le droit litigieux ait reçu, autant qu'il est possible, satisfaction pratique.

DEUXIÈME PARTIE

**Contrôle de l'exécution
des titres exécutoires.**

CHAPITRE I

Contentieux répressif de l'exécution.

I. **Problème général de la répression de la carence frauduleuse du débiteur.** L'Ordonnance civile d'avril 1667, apportait dans notre législation une anomalie, dont la portée était minime, mais le principe insolite et qui a disparu avec l'Ancien Droit sans avoir attiré l'attention. Cependant les Conférences, ou travaux préparatoires, de ce vieux code, nous apprennent que cette disposition, manifestement proposée par les Conseillers d'Etat, avait fait l'objet d'une vaine opposition de la part des Parlementaires : il s'agissait d'une peine de 200 livres, moitié vers le trésor, et moitié « vers la partie », à prononcer « contre ceux qui auront esté condamnez à délaisser la possession d'un héritage (immeuble) et ne l'auront pas fait quinzaine après la signification de l'arrest ou jugement. » Cette peine, nous apprennent les notes du Chancelier Seguier, avait été trouvée « estrange ». Quoi de plus bizarre, en effet, pour les juristes français de cette époque, qu'une sanction pénale attachée à une obligation civile ? Et lors de la discussion, de chaque côté de la table du Chancelier, le point de vue du libéralisme traditionnel et celui du progrès autoritaire s'affrontèrent une fois de plus, dans les personnes du Pr. Président de Lamoignon et du Conseiller d'Etat Pussort, l'oncle de Colbert. « C'était une « peine nouvelle... », disait le premier. « Les ordonnances « les plus pénales étaient les moins exécutées, et l'on en « pourrait aisément abuser ; de là on prendra occasion de « faire injure. Les procès étant plus souvent composés de

« la chaleur et de la bile des parties, que d'un véritable « intérêt, elles aiment mieux la vengeance, que d'être satisfaites par de meilleures voyes ». Plus juridique était l'opinion de M. le Président de Maisons, selon lequel « la « peine des dommages-intérêts serait celle de la résistance « et de la contumace des parties, et qu'il ne voyait point « pourquoi on dut l'augmenter ». « Monsieur Pussort », continue le procès-verbal (1) a réparti « que l'article avait « paru juste, et n'avait en soi aucun inconvénient. Que l'on « ne demandait à une partie condamnée que ce qu'elle pouvait et devait faire : que la chose dépendant d'elle, et sa « contumace étant volontaire, les peines ne pouvaient être « trop grandes ; parce qu'il dépendait d'elle de se libérer « de l'appréhension de les encourir ». Le parti des magistrats ne put finalement obtenir que la suppression d'une « plus grande amende, selon la qualité des parties et l'importance de la matière », amende que prévoyait le projet primitif.

Ces opinions sont rapportées ici eu égard à leur intérêt doctrinal : elles contiennent en effet l'essentiel de ce que l'on peut dire juridiquement, pour ou contre l'érection en délit pénal de l'inexécution d'obligations civiles judiciairement constatées. Mais, émises à propos d'une peine pécuniaire introduite dans une législation qui connaissait la contrainte par corps, elles ne touchaient pas ce qui, à notre époque, paraît être le point capital d'une pareille répression : pourra-t-on atteindre par une incarcération, coercitive ou punitive, le résultat que des moyens de pression ou d'exécution simplement patrimoniaux n'ont pu obtenir ?

Une réponse affirmative offrirait deux solutions : ou bien l'emprisonnement coercitif, c'est la contrainte par corps, ou bien l'emprisonnement punitif, c'est, avec quelques réserves, l'institution anglaise du Contempt of Court. De profondes différences séparent ces deux procédures : la première relève de la conception ancienne des pouvoirs du créancier ; c'est la dernière forme de mainmise de celui-ci

(1) Rédigé par J. Foucault. Citation d'après l'édition de (Paris) 1757.

sur la personne de son débiteur. La seconde est un développement original, fondé sur le nécessaire respect des décisions de justice. Le rapprochement de ces deux voies d'exécution se rencontre cependant en doctrine ; et il y a là quelque chose d'autant moins étonnant que des circonstances de fait les associent (cf. *infra*, n° IV).

La contrainte par corps en matière civile, commerciale, et contre les étrangers, a été supprimée en France par la loi du 22 juillet 1867, sans qu'on ait songé à la remplacer par rien. Depuis lors on a souvent décrit la scandaleuse situation du débiteur de mauvaise foi, parfaitement solvable, mais ayant fait disparaître toute surface saisissable, et ne craignant plus l'emprisonnement (1).

II. Quelques institutions judiciaires étrangères. — Cependant, au cours des débats parlementaires ayant abouti au vote de cette loi dont beaucoup déplorèrent par la suite le caractère absolu, on avait offert à l'émulation du Parlement français l'exemple de bonne législation, fourni par un projet de loi anglais qui, disait-on, opérait la même réforme (2). La loi britannique vit le jour en

(1) « Si le débiteur n'est pas un commerçant, et s'il a réussi à mettre « son actif à l'abri, il lui suffira (je l'ai vu faire) de remettre au valet de « chambre le contrat de mariage de séparation de biens et le bail au nom « de sa femme, et de lui donner l'ordre de les présenter aux huissiers sur « un plateau ; il peut être alors tranquille, car il ne vous reste rien d'autre « à faire qu'à payer le procès-verbal de carence. » (Lepaulle, La justice. III^e partie : La justice peut-elle devenir efficace ? Chap. I : L'impuissance de la justice, pp. 122 et 123). La situation était particulièrement choquante sous l'empire de l'ancienne interprétation de la loi du 8 nivôse an VI, qui faisait résulter de ce texte l'insaisissabilité des rentes sur l'Etat (cf. Glasson, Morel et Tissier, t. IV, v° 1045). C'est alors que M. Glasson pouvait écrire : « la suppression complète de la contrainte par « corps en matière civile permet aujourd'hui les plus grands scandales : « une personne, abusant de la confiance d'une ou plusieurs autres, leur « empruntera des sommes plus ou moins considérables et emploiera ces « sommes à acheter des rentes sur l'Etat ou des obligations du Crédit « Foncier qui sont, les unes et les autres, insaisissables ; elle pourra ainsi « vivre dans l'opulence aux dépens de ses créanciers qui n'auront aucun « moyen de la contraindre à payer » (cité dans le même ouvrage, n° 1423).

(2) Sur les débats législatifs ayant abouti à la loi française, cf. thèse De Biéville, Du rétablissement de la contrainte par corps (Paris, 1904) ; détail caractéristique : voté à une très faible majorité au Corps législatif, le projet fut imposé au Sénat par le Gouvernement qui posa la question

1869. Mais bien loin de supprimer tout recours à la privation de liberté, elle réprimait au contraire spécialement la carence frauduleuse du débiteur.

En effet : il est exact que par le Debtors Act, l'ancienne voie d'exécution sur la personne du débiteur (*capias ad satisfaciendum*) était abolie, mais, pour combler ce vide, le législateur réglementait en même temps la procédure d'incarcération coercitive par *attachment* et *committal*, mesures non dénuées d'ailleurs de tout caractère « vindictive ». Et le juge de l'exécution prend ici une singulière figure, puisque, non content de laisser à la disposition du *judgment creditor* les différents writs d'exécution forcée ou de diriger lui-même cette procédure (1), il réprime le refus dolosif d'exécution volontaire. Bien plus, il est muni d'un moyen d'investigation direct, l'interrogatoire du créancier sur ses

de confiance. La commission du ministère du commerce avait tout d'abord proposé simplement le retour au système de la libre appréciation judiciaire (cf. *supra*, p. 27, n. 1).

(1) En ce qui concerne le contrôle judiciaire de l'exécution forcée en droit anglais, deux courants sont à distinguer : 1^o l'exécution traditionnelle, par le moyen des différents Writs nés de la Common Law et mis à la disposition du créancier, normalement sans autorisation judiciaire préalable (les cas où cette autorisation est nécessaire sont limitativement énumérés par les Rules of Supreme Court, et il faut alors en général appeler l'adversaire pour un débat contradictoire) est remise au Shériff, et en fait effectuée par les soins du Bailiff, agent inférieur muni de mandats limités. Certains writs sont spéciaux à la matière du Contempt of Court. Ils seront mentionnés plus loin au texte.

2^o D'autres procédures d'exécution sont entièrement placées sous la direction de la Cour et administrées au moyen d'« orders », sans recours au Shériff ; les unes sont des créations législatives, ainsi l'« Attachment of debts » ou « garnishee proceedings » (correspondant à notre saisie-arrière, mais ne pouvant être exercée qu'après l'obtention d'un jugement de condamnation, création du Common Law Procedure Act, 1854), ou la saisie des titres (charging orders on stocks and shares judicature Act, 1838) ; une autre est une émanation des anciens pouvoirs discrétionnaires du Chancelier : c'est l'« equitable execution by way of the appointment of a receiver » : la nomination d'un administrateur judiciaire, qui a commencé par être une mesure conservatoire, est devenue ensuite la seule mesure d'exécution possible sur les formes de propriété qui n'étaient reconnues que par les juridictions d'équité (equitable estates), et a enfin perdu tout caractère exceptionnel, au point de pouvoir être ordonnée chaque fois qu'il paraîtra juste et raisonnable (Supreme Court of Judicature Act, 1873). (Voir sur ces questions : J. Amouroux-Ménard, Voies d'exécution en droit anglais. La conclusion de cet ouvrage est dans le sens d'une tendance probable du législateur anglais et des Rules of Supreme Court, réglementation de source judiciaire, vers un contrôle judiciaire croissant des procédures d'exécution).

facultés, ou procédure de *discovery in aid of execution* (1). Dans ce système le « judgment creditor » d'une somme d'argent peut obtenir une ordonnance enjoignant au « judgment debtor » de venir s'expliquer, devant un juge ou officier de justice désigné à cette fin, sur les moyens qu'il a de s'acquitter ; une procédure analogue est prévue pour les condamnations autres qu'à des sommes d'argent. En cas de défaut du débiteur, ce dernier est encore passible d'emprisonnement pour contempt of court (2).

Cette mesure peut, en ce cas, être considérée comme une survivance de l'emploi, autrefois général, du contempt, pour sanctionner le défaut du défendeur en justice (3).

Le système est passé du Droit Anglais au Droit Bas-Canadien : le chapitre XXVII du C. proc. de la Province de Québec le réglemente. L'art. 590 est ainsi conçu : « après le « rapport d'un bref d'exécution accompagné d'un procès-verbal de carence ou d'un procès-verbal constatant qu'il « a été satisfait à partie du bref seulement, le créancier « qui a fait émettre l'exécution peut assigner à comparaître « devant le juge ou le notaire, pour répondre aux questions qui leur seront posées relativement aux biens et « créances du débiteur : 1^o le débiteur » ou, s'il s'agit d'une société, un représentant de celle-ci. L'article suivant permet au juge d'ordonner la production de livres et documents, et l'audition de témoins. A la différence du système de l'Ontario, ces mesures n'ouvrent pas d'ordonnances enjoignant de payer sous peine de contrainte par corps.

Des mesures analogues existent aux Etats-Unis (4), on y trouve la procédure de Discovery, et l'Arrest « under mesne process in civil actions », avec des nuances diverses selon les Etats, certains allant jusqu'à proscrire toute forme d'emprisonnement pour dettes.

La procédure d'interrogatoire accompagnée d'emprise physique sur la personne du débiteur est également un des

(1) Rules of Sup. Court, 1883. Ord. 42, r. 32 et 33.

(2) Amoureux-Ménard, *op. cit.*, p. 116.

(3) Cf. Fox. The history of contempt of court, 1927, p. 47.

(4) Corpus Juris, t. V, 1916, V^o Arrest, § 81 s.

moyens d'exécution les plus énergiques du Droit Allemand qui ignore la contrainte par corps proprement dite. *L'offenbarungseid* (serment de manifestation, art. 899 et s. de la Z. P. O.) est employé en procédure civile dans le cas suivant : si le produit de la saisie est insuffisant, le débiteur est tenu sous serment de déclarer l'état de ses biens. Si la déclaration est incomplète, il est poursuivi pénalement pour faux serment ; si les biens déclarés ne se retrouvent pas, il est poursuivi pour dissimulation de patrimoine. (Le Code pénal allemand comporte en effet en dehors des cas spéciaux du Code de la faillite (239,242) une disposition générale, l'art. 288, qui punit le fait par le débiteur d'aliéner ou de dissimuler une partie de son patrimoine lorsque l'exécution forcée est imminente ; la poursuite ne doit d'ailleurs être intentée que sur l'initiative du créancier) (1). Au cas de non comparution ou de refus, il est décrété de prise de corps. L'emprisonnement, qui ne peut dépasser six mois, est effectué dans des locaux distincts de ceux affectés aux prévenus et délinquants de droit commun. A l'image d'ailleurs de ce qui se passait en France pour la contrainte par corps, et qui a encore lieu lorsqu'elle est exercée par un particulier pour le montant d'une condamnation civile prononcée en matière répressive (art. 6, L. 22 juillet 1867), le créancier doit consigner à l'avance les frais d'incarcération, en y comprenant la nourriture.

Il est à remarquer que l'une des premières réformes législatives du III^e Reich a été de limiter l'obligation au « serment », considérée comme contraire à l'honneur allemand : une ordonnance du 26 mai 1933 dispose « jusqu'à nouvel ordre », que le débiteur peut écarter la prestation du serment, en donnant l'assurance qu'il a, en toute conscience, et d'une manière aussi complète qu'il est en état de le faire, indiqué quels sont ses biens ; le Tribunal conserve cependant un certain pouvoir d'apprécier, sur la demande du créancier, si la prestation du serment n'est pas nécessaire.

(1) Pour un semblable délit dans le système anglo-saxon, voir par exemple l'art. 417 du Code criminel fédéral canadien.

Cette procédure, ainsi que l'arrestation conservatoire, a d'ailleurs été jugée, au lendemain de la guerre, dans les départements recouvrés, contraire à l'ordre public français (cf. *supra*, chap. I, p. 25), en tant du moins qu'elle aboutissait à l'incarcération du débiteur ; privée de cette sanction, elle n'a plus qu'une valeur théorique ; toutefois elle est encore bonne, sans doute, pour créer un préjugé contre le débiteur récalcitrant. Les raisons qui ont fait repousser ici l'emprisonnement sont analogues à celles que nous avons rencontrées en matière d'arrestation conservatoire : un arrêt du tribunal supérieur de Colmar du 11 octobre 1922 (1) explique que la contrainte par corps a été abolie, « que la « suppression était fondée sur le principe que la liberté individuelle ne peut être à la merci d'intérêts particuliers et « n'est légitimement atteinte que dans un intérêt général et « pour la nécessité de la répression » (suit une citation de l'exposé des motifs, éloquent et bien connu, de la loi de 1867) « que la prohibition ainsi motivée est essentiellement d'ordre « public. Et attendu que l'art. 901 C. proc. local, autorisant « dans un procès privé, à la requête du créancier, la détention du débiteur, afin de le contraindre, institue contrainte « par corps en matière civile et commerciale, etc... »

Si la procédure d'interrogation personnelle, en matière d'exécution, renforcée par l'incarcération éventuelle, a été jugée contraire à l'ordre public français, l'institution dont nous abordons l'étude est, elle, totalement étrangère aux systèmes juridiques continentaux.

III. **Contempt of court.** — Le *Contempt of Court*, consiste ainsi que son nom le suggère, dans la répression du mépris de l'autorité judiciaire. Son intérêt réside, est-il dit plus haut, dans la possibilité qu'il offre d'incarcération du débiteur, par les procédures, très voisines de *committal* et d'*attachment* (2). (L'emprisonnement est d'ailleurs effectué

(1) S. 1922.2.143.

(2) Il importe de préciser, dès le début, qu'il ne s'agira ici que des cas de « contempt » n'affectant qu'un caractère civil, par opposition au « criminal contempt » ou contempt ayant une « saveur de criminalité », un

dans des conditions différentes de celle du droit commun). Ainsi les décisions juridictionnelles ont-elles plus de chances d'être respectée (1). Il s'ensuit que l'exposé de principes généraux sur la nécessité de la contrainte pour l'administration de la justice, que l'on trouve chez les juristes anglais ainsi que sous la plume de maint auteur français, prennent chez les premiers une signification fort précise qu'elles n'ont pas chez les seconds. Que Jousse déclare (2) « la juridiction « serait illusoire et inutile, si le magistrat qui l'exerce, « n'avait le droit de contrainte pour faire exécuter ses mandements, et celui de pouvoir réprimer, du moins par une « punition modique (*modica coercitione*) ceux qui sont « rebelles à ces mêmes mandements » (L. 2. D. de *jurisd.*), nous avons vu (cf. *supra*, introduction) l'absence de portée pratique de pareilles réminiscences romaines. Si, au contraire, Blackstone écrit : « laws without a competent authority to secure their administration from disobedience and « contempt, would be vain and nugatory » (3), il s'agit pour

caractère public, un élément délictueux au sens répressif. La distinction entre le criminel contempt et le « contempt in procedure » est parfois malaisée : on dira en général que dans le premier cas il s'agit d'actes tendant à jeter le mépris (*scorn*) sur l'administration de la justice ou à nuire à son libre cours (même en dehors de cas assimilables aux outrages à magistrats, aux délits d'audience, à la rébellion, le contempt sert à sanctionner les obligations des jurés, des auxiliaires professionnels de la justice, voire des juges inférieurs, et va jusqu'à assurer la discrétion de la presse sur les procès en cours par la répression du « contempt by publication »). Dans tous les cas de contempt criminel par nature, le « proper remedy » est le committal. C'est celui qui serait théoriquement applicable à l'avocat dont les paroles outrepasseraient les nécessaires libertés du barreau. On rapporte à ce propos le dialogue suivant, d'un juge et d'un avocat célèbre : « a further repetition of such remarks will amount to a contempt » dit le premier, et le second de répliquer par un calembour heureusement intraduisible en français : « If your commit me I shall be the best thing you've committed for many a year ».

Pour compléter ce tableau des mesures d'incarcération du débiteur en droit anglais, on rappellera le writ *ne exeat regno* dont il a été question au chap. I (Sur l'histoire du contempt of court, et particulièrement sur l'origine de la procédure sommaire à laquelle donne lieu le « criminal contempt », voir Fox précité).

(1) Le Contempt of Court a été familièrement défini, a « legal thumb-screw » (des poucettes légales). Oswald, *Contempt of Court*, p. 5.

(2) *Traité de l'Administration de la justice*, 1^{re} partie, tit. I, sect. 1, p. 4.

(3) *Commentaires*, t. IV, p. 285, éd. 1811.

Les lois, sans une autorité qualifiée pour préserver leur application de la désobéissance et du mépris, seraient vaines et futiles.

lui de démontrer l'ancienneté et la nécessité de la procédure d'*attachment* pour désobéissance à la justice.

Les cas dans lesquels la contrainte sur la personne pour dette civile est possible ne sont pas laissés à l'appréciation du juge : en dehors des hypothèses limitativement énumérées où cette procédure est applicable, l'intention du Debtors Acts de 1869 a été d'empêcher en principe l'emprisonnement pour « non payment of ordinary debts » (1). Il faut d'abord que le jugement en vertu duquel on poursuivra l'exécution revête une forme personnelle (2). Mais ce qui fait l'intérêt technique de cette énergique mesure de coercition est qu'elle ne requiert pas une condamnation à payer une somme d'argent, au contraire, elle peut venir sanctionner une condamnation à l'exécution *in specie* d'obligation contractuelle (specific performance). On se rappelle qu'en Droit Français une telle condamnation ne trouve à son service que le système des astreintes, astreintes par lesquelles cependant on n'échappe pas à l'application finale du principe posé par l'article 1142 du Code civil selon lequel « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur », c'est-à-dire finalement à l'exécution sur les biens pour le recouvrement d'une somme d'argent (cf. *supra*, introduction) (3).

(1) Cotton J. dans *Bates v. Bates*, 1888.

(2) C'est-à-dire ne se contente pas de reconnaître le droit du créancier : c'était là autrefois une différence fondamentale entre les décisions rendues par les juridictions de common law et les juridictions d'*equity* : les premières reconnaissaient le droit du créancier en termes impersonnels (p. ex. : « il est jugé que le demandeur recouvrera la saisine »), alors que les secondes, « order » ou « decree », contenaient un ordre pour le débiteur (« il est ordonné que le défendeur devra... »). Il suivait de là que la sanction des premières consistait en des actes d'exécution effectués par le demandeur sur le patrimoine ou la personne du défendeur (l'exécution sur la personne était alors satisfaisante et empêchait toute autre voie d'exécution), tandis que les deuxièmes réprimaient directement l'inertie du débiteur (l'incarcération alors ne libérait pas le débiteur et n'était pas exclusive de « séquestration » sur les biens, procédure subsidiaire apparaissant d'ailleurs plus tard que la première). Un brocard caractérise cette différence en ces termes : « Common law acts in rem, equity acts in personam ».

(3) Par contre, il est intéressant de constater que le principe de l'exécution aux frais de la partie, posé par les art. 1143 et 1144 du Code civil, est largement admis par la procédure (on rappellera ici que les Rules of

Aujourd'hui il n'y a plus lieu de distinguer (1) si la décision est un *decree* ou *mandatory order* positif, ou bien au contraire une *injunction* prohibitive. Autrefois, des deux procédures d'incarcération l'une, le *committal*, était considérée comme le « proper remedy » pour réprimer l'accomplissement d'un acte prohibé, et l'*attachment* spécialement destiné au non-accomplissement d'un acte prescrit (2), actuellement cette distinction n'est plus obligatoire, ce n'est que la pratique qui la conserve (3).

Les différences de fait entre ces deux voies sont d'ailleurs minimales : dans l'« attachment » le writ est adressé au shérif et généralement exécuté par le bailif, comme les autres writs : c'est une ancienne procédure d'arrestation de common law évoluée. Au contraire l'ordre d'emprisonnement par *committal* est rédigé en forme impersonnelle et exécuté par un autre officier judiciaire, le *tipstaff* : cette procédure est plus spécialement employée à réprimer le « breach of undertaking » ou non-accomplissement d'un engagement « entered into or given to the court » (Oswald, p. 108) (4).

Par contre l'*attachment* et le *committal* sont concurremment employés pour désobéissance à un jugement ou un « order » prescrivant un acte autre que le paiement d'une somme d'argent ou une abstention (R. S. C. O. 42 r. 7). Il s'agit évidemment d'une désobéissance volontaire : le contempt, s'il n'est pas accompagné de « misconduct », n'est un contempt que théorique, il n'est pas punissable d'emprisonnement (5).

Supreme Court ne sont pas des textes législatifs mais émanent de comités judiciaires investis d'une délégation réglementaire) : R. S. C. O. 42 r. 30 : « Si un mandement, une ordonnance, une injonction ou un jugement relatif à la specific performance d'un contrat n'est pas exécuté, le tribunal, en plus ou à la place de la procédure de contempt contre la partie désobéissante, peut ordonner que l'acte requis soit fait aux frais de cette partie. »

(1) Rules of S. C. O. 42 r. 7.

(2) *Callow v. Young*, 1887, cité par Oswald, Contempt of court, p. 26.

(3) *Op. cit.*, p. 195.

(4) Cf. Cassin, L'inexécution des contrats. Cours de droit civil approfondi et comparé, 1934-1935. Cours autographié, p. 336 s.

(5) Halsbury Laws of England, V^o Contempt of Court, 2^e éd., t. VII, 1932, p. 24, n. 37.

Mais la section 5 du Debtors acts de 1869 dispose que c'est le committal qui sera appliqué pour défaut de paiement d'une dette ou des arrérages d'une dette constatée par jugement ou « order » lorsqu'il sera prouvé que le débiteur a négligé ou refusé de payer alors qu'il en avait les moyens. Il sera emprisonné jusqu'à paiement de la somme due, en tout cas pour une durée n'excédant pas six semaines. Cet emprisonnement, est-il spécifié, n'aura aucun caractère satisfaisant et on pourra procéder aux voies d'exécution sur les biens « de la même manière que si un tel emprisonnement n'avait pas eu lieu ». L'attachment peut durer jusqu'à un an pour les cas prévus par la sec. 4 du Debtors acts.

Les R. S. C. (O.44 r. 2) marquent d'ailleurs, corrélativement à une limitation des pouvoirs du créancier, l'affirmation du contrôle juridictionnel : le demandeur ne peut obtenir l'emprisonnement du défendeur, sans avoir au préalable obtenu un « order » de la Cour, ce qui assure à son adversaire l'exercice des droits de la défense. Dès avant les Judicature acts on ne pouvait émettre un writ d'attachment devant les cours de common law sans l'autorisation de la Cour, mais devant la Chancery Court le demandeur pouvait, sans « order » préalable faire incarcérer le défendeur pour avoir contrevenu à une prohibition de faire (Oswald, p. 193,4).

Le Contempt of Court n'offre pas uniquement une possibilité d'emprisonnement : il comporte également une énergique procédure coercitive de sequestre sur les biens ; celle-ci consiste en la remise d'un writ adressé à quatre personnes au moins appelées sequestrators et munies de pouvoirs d'administration étendus : le demandeur n'a d'ailleurs aucun droit sur les sommes séquestrées (1), mais le Tribunal a un pouvoir discrétionnaire sur l'emploi des fonds. C'est le seul mode de contrainte possible contre une personne morale ; la désobéissance réprimée doit également ici être volontaire.

(1) On dit aussi de ce writ (cf. note 2, p. 93) qu'il opère *in rem* et non *in personam*.

Lorsqu'il est employé contre un particulier, une autorisation judiciaire préalable n'est pas requise dans tous les cas; au contraire, lorsqu'il est employé contre une « corporation », le writ n'est émis qu'après autorisation du Tribunal.

Quoi qu'il en soit, on voit que les moyens mis par la loi au service du créancier pour mieux assurer la réalisation de son droit se présentent au Droit Anglais moderne comme étant bien plutôt un moyen d'assurer le respect des décisions de justice qu'une survivance procédurale de l'ancienne exécution privée sur la personne. Le contrôle judiciaire s'y affirme tout naturellement, aussi bien lorsqu'il s'agit de procéder à l'incarcération que lorsqu'il faut statuer sur la demande d'élargissement du débiteur. Ainsi sont sauvegardés dans la plus large mesure les légitimes intérêts des parties, encore que la vigilance judiciaire doive être traditionnellement tournée de préférence vers la liberté des sujets. « J'ai toujours pensé », dit de cette procédure, en ses motifs, un magistrat, « que, quelque nécessaire qu'elle soit, elle est nécessaire seulement en ce sens que les mesures extrêmes sont « parfois nécessaires pour préserver les droits des hommes, « c'est-à-dire si l'on ne peut trouver d'autre remède approprié (1) ».

IV. Le contempt of court au Bas-Canada. — On a signalé plus haut l'intérêt que présente la procédure civile de la Province de Québec. Sa double origine est ici rendue fort sensible par le rapprochement qu'elle opère, d'autant plus intéressant qu'il est conforme à la nature des choses entre le Contempt britannique et la contrainte par corps traditionnelle en France avant 1867. Ainsi l'article 834 C. pr. C. est ainsi conçu : « il y a encore lieu à contrainte par corps pour mépris d'une ordonnance ou injonction d'un Tribunal ou d'un juge, ou pour résistance à cette ordonnance ou injonction, ou pour tout acte tendant à éluder l'ordonnance ou l'injonction, en prévenant ou empêchant la saisie ou la

(1) Sir George Jessel dans *in re Clements*, Republic of Costa Rica v. Erlanger (1876), cité par Oswald, *op. cit.*, p. 18.

vente des biens en exécution de l'ordonnance ou de l'injonction ». Le texte anglais emploie l'expression de « coercive imprisonment ».

En dehors du *capias ad respondendum*, procédure conservatoire dont il a été parlé au chapitre I ci-dessus, le Droit Bas-Canadien comprend encore une autre voie de coercition sur la personne : il assortit de sanctions son système très précis des injonctions interlocutoires destinées à préserver les droits des parties au cours de l'instance (1) : non seulement « le juge peut, si c'est praticable, ordonner « la destruction, la démolition ou l'enlèvement de tout ce « qui a été fait en » contravention avec une injonction » (Art. 970), mais encore « la personne contre laquelle est « dirigée l'injonction, qui y contrevient ou refuse d'y obéir, « ou la personne qui, n'y étant ni nommée ni désignée, y « contrevient sciemment, est passible d'une amende... avec « ou sans emprisonnement de 60 jours, sans préjudice du « recours en dommage de la partie lésée ».

Nous avons ici un exemple fort intéressant de sanction pénale allant jusqu'à l'emprisonnement et apportée, non pas directement à l'inobservation d'une décision civile, mais à l'inobservation de mesures destinées au cours de

(1) « Art. 957 C. proc. — Un juge de la Cour supérieure peut accorder « une ordonnance d'injonction interlocutoire dans chacun des cas suivants :

« 1^o Lors de l'émission du bref d'assignation :

« *a*) lorsqu'il appert de la requête que le demandeur a droit au remède « demandé, et que ce remède consiste en tout ou en partie à empêcher la « commission ou la continuation d'une action ou opération, soit pour un « temps, soit pour toujours ;

« *b*) lorsque la commission ou la continuation d'une action ou opération causerait des dégradations, ou un tort sérieux ou irréparable.

« 2^o Au cours d'une instance :

« *a*) lorsque la commission ou la continuation d'une action ou opération pendant l'instance causerait des dégradations ou un tort sérieux « ou irréparable ;

« *b*) lorsque la partie adverse fait ou est sur le point de faire un acte « attentatoire aux droits du demandeur ou aux dispositions de la loi touchant l'objet de la demande, qui est de nature à rendre le jugement « inefficace. »

Il faut noter que le système anglais des injonctions est beaucoup moins défini quant à ses cas d'application : elles seront émises dans tous les cas où il paraîtra juste ou à propos (Jud. Act, 1925, reenacting Jud. Act, 1873).

l'instance à conserver à celle-ci son efficacité, c'est-à-dire répondant aux préoccupations examinées dans le chapitre I ci-dessus (cf. p. 29, n. 1).

Aux Etats-Unis on retrouve les mêmes traits d'ensemble à la répression de la carence du débiteur : notamment la procédure de Discovery, où le défaut rend le débiteur passible de Contempt of Court (cf. *supra*, p. 89). Quant à ce dernier, il a une portée variable selon les états : ainsi selon les Cours, il est, ou non, ouvert au cas de condamnation à payer une somme d'argent (1). Il vient également sanctionner un système très complet d'*injunctions*, tantôt *preliminary* (conservatoires), tantôt *perpetual* (définitives), et de forme tantôt *mandatory* (positive) tantôt *preventive* (négative). D'après M. E. Barda (Specific Performance, thèse Paris 1928) toute distinction a disparu aux Etats-Unis entre l'injunction et la Specifie Performance.

On a rappelé dans le même chapitre (chap. I, p. 24) que la législation allemande admettait corrélativement des mesures conservatoires ou préventives d'exécution sur la personne. Il ne faudrait pas perdre de vue que le Droit commercial français, en dehors de la répression pénale de la banqueroute, connaît l'emprisonnement, à caractère préventif et conservatoire, du débiteur failli : il est prévu par l'art. 455 du Code de Commerce qui n'est pas tombé en désuétude (cf. Piketty, Discours d'installation du Tribunal de Commerce de la Seine, le 23 janvier 1935. Paris, Fleury, 1935 : « nous avons cru utile, déclare le Président des Juges « consulaires (p. 20) de faire revivre, dans les cas exceptionnels, bien entendu, l'application de l'article 455 « du Code de Commerce qui prévoit l'incarcération des « faillis »).

V. Projet de Code italien de procédure. — Mais l'essai le plus systématique d'organisation de pénalités pour inobservation des jugements se trouve au Projet Italien du Code de procédure civile établi par la sous-commission

(1) Corpus juris, t. XIII, 1917, v^o contempt of court.

pour la procédure civile de la commission royale pour la réforme des codes, et publié en 1926. Le titre X de la Seconde Partie (del processo di esecuzione) est intitulé : *Delle sanzioni penali*. Ces sanctions sont de deux sortes : d'abord la publication par voie de la presse des noms des débiteurs « retardataires » (morosi) (1), ensuite et surtout l'amende jusqu'à cent mille lires ou l'emprisonnement jusqu'à un an : ces peines peuvent frapper le débiteur qui ne satisfait pas à une obligation assortie d'une sentence insusceptible de recours (art. 685) lorsque cette carence procède de la mauvaise volonté du débiteur et l'art 687 du projet précise que cette mauvaise volonté est présumée lorsque son train de vie est en contraste évident avec le défaut des moyens nécessaires à l'accomplissement de ses obligations ou bien lorsqu'il aura lui-même déterminé ou contribué à déterminer l'inexécution par des dépenses excessives, des opérations de pur hasard ou manifestement imprudentes, ou autres moyens ruineux. Il faut remarquer que ces mesures répressives sont exclues lorsque le débiteur n'a pas contracté la dette, mais l'a trouvée dans le patrimoine de son auteur (2).

VI. Droit Français. — On sait trop que le Droit Français n'offre à ce point de vue aucune disposition d'ensemble. Ce n'est que dans quelques cas particuliers, où des esprits optimistes veulent voir une tendance législative à la répression de la mauvaise foi, que des condamnations purement civiles sont assorties de condamnations répressives pouvant comporter des peines d'emprisonnement.

Le cas dont l'application pratique est la plus fréquente est celui dit de l'abandon de famille : le débiteur d'une pension alimentaire fixée par une décision de justice est passible après trois mois d'abstention volontaire d'une peine d'amende, ou d'un emprisonnement de trois mois à un an,

(1) Le mot français « morosif » semble être tombé en désuétude.

(2) C'est la règle en droit français, relativement à la contrainte par corps (arg. art. 2017 C. c.).

peine qui devra toujours être prononcée en cas de récidive. Telle est l'économie de la loi du 7 février 1924, modifiée par celle du 3 avril 1928.

Cette loi, procédant d'un désir de protection familiale, restreint la répression au cas de pension fixée en justice, laissant hors de son domaine d'application la pension conventionnelle : la pension doit être fixée judiciairement pour offrir toute certitude ; l'obligation alimentaire « n'a jusqu'alors qu'une existence virtuelle » (1). Sans doute faut-il voir là le désir, pour introduire dans nos lois une réforme jugée nécessaire du point de vue familial, de ne rendre délictueux, pour commencer, que les faits les plus faciles à caractériser (2). Peut-être, en effet faut-il reconnaître la supériorité technique du procédé employé sur celui des législations allemande et autrichienne par exemple, pour lesquelles l'abandon résulte du recours des victimes à l'assistance (3). Il est néanmoins satisfaisant pour l'esprit de constater la possibilité de généralisation du procédé employé pour une espèce particulière de condamnation à verser une somme d'argent. Il y a là en quelque sorte, la rencontre d'un courant, très réel, de protection familial, et d'un courant, à la vérité surtout hypothétique et doctrinal, de répression de l'inexécution des décisions civiles.

Dans le même domaine des obligations familiales, ce n'est plus une obligation de payer une somme d'argent, mais une obligation de faire que sanctionne l'article 357 du Code pénal complété par les lois du 5 décembre 1901 et du 23 mars 1928. Lorsqu'une décision de justice (rendue en matière de divorce, de séparation de corps ou de puissance paternelle) a statué sur la garde d'un enfant, sa « non représentation » dans les conditions prévues par la décision de justice est un délit puni d'une peine d'un mois à un an d'emprisonnement et d'une amende de 16 à 5.000 fr. La Cour de cassation admet que même les dispositions

(1) Casanova, L'abandon de famille. Thèse Toulouse, 1931, p. 37.

(2) Cf. sur le même sujet : Chonez, thèse Paris, 1929, p. 50.

(3) Cf. Rapport Tissier et discussion à la Société générale des Prisons, 12 novembre 1913. Revue pénit., 1914, p. 45.

relatives au droit de visite sont protégées par la loi pénale (1): c'est là l'interprétation la plus favorable à la répression de l'inexécution intentionnelle d'une décision de justice. Ainsi, en Droit Anglais le fait de désobéir à la décision intervenue dans une instance en divorce sur la garde de l'enfant constitue un cas de Contempt of Court (Stark v/ Stark and Hitchin, p. 1910) (2).

VII. Constitutions judiciaires de sûretés. — Faute d'être munis, en Droit Français positif, du droit de réprimer par une coercition personnelle le mépris de leurs décisions (3), les juges ont-ils le pouvoir d'en assurer l'efficacité par des mesures patrimoniales appropriées? Pourront-ils prévenir toute diminution frauduleuse du patrimoine saisissable du débiteur, gage du créancier, en ordonnant la constitution de sûretés non prévues par la loi?

Il importe tout d'abord de se souvenir que toute décision de condamnation emporte hypothèque judiciaire (art. 2123 du Code civil) (4). Mais, pour pallier à l'insuffisance de cette dernière qui suppose, pour être efficace, la présence, parmi les biens du débiteur, d'immeubles dont les charges existantes laissent un rang utile au créancier reconnu comme tel par une décision de justice, une décision de condamnation peut-elle ordonner expressément la constitution d'une sûreté destinée à garantir l'accomplissement

(1) Crim. 30 mars 1912. S. 13.1.417; Crim. 19 octobre 1935. S. 36.1.156.

(2) Que des procédures exceptionnelles soient employées pour aboutir à l'exécution d'obligations familiales, il y a là un curieux phénomène de suppléance à certaines pratiques complètement extra-judiciaires, de l'Ancien Régime, paraissant d'ailleurs d'un emploi exceptionnel, qu'on peut rapprocher de l'emploi des lettres de cachet dans l'intérêt des familles (cf. F. Funck-Brentano, Les lettres de cachet): ainsi le Journal des Audiences (t. II, 1757, liv. III, chap. I) rapporte que, une demoiselle Calvière ayant été enlevée par un sieur du Bosc, « ses parents obtinrent ensuite « un ordre du Roi pour faire rendre la demoiselle de Calvière; et pour « cela, faute de la remettre à ses parents, permis de mettre le siège et de « raser le château du sieur du Bosc ».

(3) On rappelle que la théorie des astreintes est en dehors du cadre de cette étude, pour les raisons exposées dans l'Introduction (*supra*, p. 15).

(4) Sauf en matière d'accidents du travail, art. 26 de la loi du 9 avril 1898.

de l'obligation constatée ? La jurisprudence n'hésite pas à répondre par l'affirmative : une telle disposition « ne fait qu'assurer l'exécution d'une obligation légale, et ne viole aucune loi » a dit la Chambre des Requêtes (1) : il ne s'agissait alors, pour assurer le paiement régulier d'une pension, que de la remise d'un capital au conseil judiciaire de la débitrice, mais les commentateurs de cet arrêt, qui n'est pas isolé, traitent la question sur un plan très général. En doctrine, la question est beaucoup plus discutée. La note Tissier sous l'arrêt précité, déclare ne pas admettre l'opinion de quelques auteurs (2) pour qui une telle mesure est exceptionnelle et restreinte au cas de fraude probable : selon lui il faut se prononcer d'une manière générale, et, du moment qu'on reconnaît aux Tribunaux un tel pouvoir, il faut le leur reconnaître en tous les cas. Le Conseiller rapporteur, lui, met en valeur la distinction qui s'impose entre obligations légales et obligations contractuelles : seules les premières doivent faire l'objet d'une telle protection, les conventions des parties devant suffire à assurer l'accomplissement des secondes.

« En vain dira-t-on », écrit ce magistrat « que la loi a « gardé le silence ; puisqu'elle crée une obligation, elle en « veut l'exécution, et, si cette exécution, paraît douteuse ou « menacée, la préoccupation du juge doit se porter sur cette « éventualité, comme le ferait un créancier ordinaire pour « la défense de ses intérêts ».

Mais ceci posé, il n'y aurait pas lieu de distinguer selon qu'il y aurait eu, ou non, fraude du débiteur ; il aurait suffi en l'espèce que le service de la pension eût été menacé. Ces sûretés vont donc au delà du domaine d'application de l'action Paulienne puisque celle-ci « n'est ouverte que contre la fraude ; elle ne l'est pas contre la dissipation ». Et d'ailleurs, ainsi que le fait remarquer la note précitée, au cas de fraude, seule l'action Paulienne serait ouverte : sinon ce serait faire au débiteur dont le titre se trouve dans la loi (seul

(1) 2 décembre 1895. S. 96.1.321, n. Tissier et rapport cons. Denis.

(2) Il s'agit notamment d'Aubry et Rau, cf. 5^e éd., t. IX, § 553, s. 35, p. 167.

bénéficiaire possible des mesures de sûreté envisagées) une situation meilleure que celle du créancier contractuel, qui n'a, lui, que cette action Paulienne à sa disposition, inégalité que rien ne justifie lorsqu'il s'agit de parer au dol du créancier.

On rencontre la même difficulté théorique lorsqu'il s'agit d'assurer, non plus l'exécution d'une obligation, mais la réparation d'un dommage. La Cour de cassation n'hésite pas à reconnaître aux juges du fond le « pouvoir souverain » d'apprécier le montant du dommage et d'en déterminer « le mode de réparation » (Req. 29 mars 1926 (1) : dans cette affaire la Cour d'appel avait obligé le responsable d'un accident mortel à employer sous sa responsabilité les dommages-intérêts en rentes sur l'état immatriculées au nom des enfants de la victime ; et le pourvoi, dont la thèse fut repoussée, reprochait à l'arrêt attaqué d'avoir ainsi excédé « les pouvoirs du juge, qui ne peut condamner l'auteur d'un dommage à d'autres prestations qu'au versement d'une somme d'argent, et non lui imposer par surcroît, un rôle de surveillance et de garantie, qui n'est pas prévu par la loi »). Mais ce pouvoir de condamner à « des indemnités dont la détermination est laissée à la justice de la Cour ou du Tribunal, lorsque la loi ne les a pas réglées » (Crim. 25 février 1928, D. H. 28. 239.) trouve dans cette formule même sa limitation : en matière d'accidents du travail les juges ne peuvent prescrire d'autre mode d'indemnisation que celui fixé par les art. 3 et 7 loi du 9 avril 1898 (2). D'autre part les Tribunaux, s'ils peuvent porter atteinte, dans une certaine mesure, aux pouvoirs de disposition du débiteur de la rente, ne pourraient d'après certaines décisions, porter atteinte à ceux du créancier : « si les juges du fond » dit la Ch. crim. (3) « ont un pouvoir souverain, non seulement pour apprécier le quantum du préjudice mais encore pour déterminer le mode de paie-

(1) D. H. 26. 217.

(2) Sur les limites de cette règle, cf. Crim. 29 octobre 1931. D. H. 1932. 573.

(3) 2 décembre 1932, Bull., p. 474.

« ment de l'indemnité pécuniaire, qui peut, à leur choix,
« consister dans une somme d'argent une fois payée ou
« dans une rente, ils ne sauraient, sans violer le principe
« de la libre disposition du patrimoine et alors qu'ils ne
« donnent aucun motif, déclarer d'office incessible une
« rente viagère » (1).

Ces questions ressortissent d'ailleurs, plus qu'à l'organisation judiciaire, au problème de la réparation civile, de ses formes, de son adéquation au préjudice ; il est inutile de continuer dans cette voie : ici comme au cours du chap. I, la question d'exécution laisse paraître une question de droit (cf. n° XII, mesures conservatoires). Aussi bien ne s'agit-il pas en ces mesures de sûreté de la surveillance par l'autorité judiciaire de l'exécution des mesures prescrites ou permises par la sentence exécutoire, mais seulement du pouvoir, pour cette autorité, de comprendre dans sa décision des mesures destinées à en assurer l'efficacité : une telle faculté n'entre dans notre propos présent qu'en ce qu'elle consacre une des multiples formes d'emprise judiciaire sur le patrimoine de l'obligé une fois condamné. Elle ne tend qu'à prévenir, et non à réprimer la carence du débiteur. De plus, en tant qu'elle comporte une condamnation à une obligation de faire, elle ne saurait, comme la condamnation à astreinte (cf. *supra*, Introd. p. 15), que se résoudre, finalement, en dommages-intérêts.

VIII. — **Conclusion.** Après examen du Droit français actuel il faut donc reconnaître que, sauf exception, l'exécution d'une décision judiciaire ne peut être que de deux sortes : ou bien volontaire, auquel cas les tribunaux n'ont pas ordinairement à intervenir, ou bien forcée, c'est-à-dire obtenue par la vente judiciaire des biens du débiteur ou l'appropriation de ses créances. En l'absence d'un contentieux pénal ou quasi-pénal comparable aux systèmes Anglo-Saxons ou à celui du projet Italien de Code de procédure

(1) Même formule, 11 avril 1933. D. H. 33.320.

civile, le seul contentieux de l'exécution que connaisse notre Droit contemporain est celui de l'exécution forcée : ce n'est qu'après l'examen, auquel il va être procédé dans le chapitre suivant, de ce contentieux, qu'il sera possible d'en dégager les possibilités et les limites.

CHAPITRE II

Contrôle de l'exécution définitive sur les biens.

I. **Ce qu'apporte le titre exécutoire.** — Dans le chapitre précédent, nous avons recherché quelles étaient les mesures qu'on pouvait envisager pour obtenir du débiteur, par la menace de la répression, l'accomplissement de ses obligations, une fois celles-ci constatées définitivement par l'autorité judiciaire. Ces procédures, quelques intéressantes qu'elles fussent, ne présentaient cependant qu'un caractère spéculatif ou accessoire.

L'effet le plus général, dans le Droit français positif, de l'existence d'un titre exécutoire, est en effet avant tout de permettre la vente forcée (1) au profit du créancier, des

(1) Au lieu d'aboutir à la vente forcée, conduisant trop souvent à la dépréciation des objets ou immeubles vendus, la saisie ne pourrait-elle pas être le préliminaire de l'attribution des biens du débiteur, en nature, au créancier, au prorata de la dette, et selon une estimation équitable ? Les difficultés d'application de ce système apparaissent facilement : chicanes sur l'estimation, convenances personnelles du créancier, etc...

Il a cependant existé dans l'Ancien Droit français, pour les immeubles : cf., par exemple, Beaumanoir (XXXV, 1074, l'immeuble est vendu ou baillé « par pris de bonnes gens »). C'est le régime que rencontrèrent dans le Midi les conseillers d'Etat et magistrats chargés de fournir les rapports préparatoires de l'ordonnance de 1667 : « le créancier est colloqué et mis « en possession des biens de son débiteur jusqu'à concurrence de son deub « seulement, suivant l'estimation qui en est faite par experts et estima- « teurs, lesquels chaque année sont nommés en chaque paroisse », expose le remarquable Mémoire de Mesgrigny (B. Nat. Mss. Clairambault, 613, f^o 381) qui expose ensuite les avantages du système : au lieu de saisir « pour une dette de deux ou trois mil livres et encore moindre... une terre « de cent mil escus, et (*sic*) l'on adjugera pour le 1/4 de ce qu'elle vaut, au « pays de droit escrit le créancier prend seulement des terres, des prés,

biens du débiteur : la seule obligation de celui-ci qui soit dans tous les cas sanctionnée pénalement, c'est celle de

« des bois, des vignes, au prorata de sa dette, et ses estimateurs choisissent un bien médiocre (non du meilleur et du pire)... aussi pour faire justice et oster tout subject de plainte au créancier, s'il n'est point domicilié au lieu où il se fait colloquer, on le colloque pour un quint par-dessus ce qui luy est deub, pour le consoler et indemniser d'avoir du bien en un lieu esloigné qui ne luy est pas commode ». On pourrait d'ailleurs se demander jusqu'à quel point ce procédé était étranger à la pratique judiciaire des pays de coutumes : cf. Journal des principales audiences du Parlement (du Fresne), t. I, liv. IV, chap. XXIX : le principe est posé en ces termes : « quand un débiteur est insolvable, et que ses biens se consommeraient en frais de criées et de consignation, ils doivent être prisés et baillés aux plus anciens créanciers, selon l'ordre de leurs hypothèques » et la discussion explique que c'est là une « jurisprudence trouvée raisonnable » qui « s'établit de plus en plus » (l'arrêt est de 1647).

Un autre arrêt du même recueil (t. IV, liv. X, chap. XX), celui-ci de 1694, repousse la requête du créancier demandant le délaissement en propriété de l'immeuble saisi, mais c'est pour le motif suivant, exprimé par une règle qui semble bien n'apporter qu'une exception au principe énoncé précédemment : « quand un décret est trop avancé, un créancier, quoique privilégié, ou plus ancien en hypothèque, n'est pas recevable à demander les biens saisis pour la prisee ».

Cette faculté trouvait d'ailleurs une justification théorique dans un texte romain, la Nov. IV, chap. III au Code (de Solut) permettant au débiteur n'ayant que ses immeubles pour satisfaire le créancier, de les lui donner en paiement, à moins que celui-ci ne trouve un acheteur. Quoi qu'il en soit, elle est expressément répudiée par Pothier (Obligations, III^e partie, chap. I, art. III, n^o 530. « Nous n'observons point la Nouvelle 4, cap. 3 », etc.) et par les rédacteurs du Code, comme contraire aux principes du paiement (Locré, t. 12, p. 366 s. Exposé des motifs, par Bigot-Préameneu, Rapport Jaubert au Tribunat). Elle a donc aujourd'hui disparu d'une façon générale. Des mesures analogues ne sont cependant pas totalement inconnues dans notre législation : cf. par exemple, le système de prêts sur récoltes organisé par la loi des 24 juin-5 juillet 1874 concernant les Banques coloniales : l'art. 10 (reproduit par l'art. 10 de la loi du 21 mars 1919 sur les Banques de la Martinique, Guadeloupe, etc...) contient une disposition autorisant ces Banques, à défaut de remboursement, à se faire envoyer en possession des récoltes si elles n'aiment mieux faire procéder à la vente. Ne pourrait-on envisager de telles mesures comme étant, dans certains cas, le mode de règlement le plus adéquat, en fait, aux situations respectives des parties ? Cela supposerait pour le juge une large liberté de choisir entre des mesures d'exécution variées, dont l'attribution de biens en nature ne serait qu'un cas particulier. Cependant, sur les difficultés de ce procédé quant à la purge de l'immeuble, cf. Locré, t. XXII. Discours Grenier au Corps législatif, p. 637 s. En tout cas un tel envoi en possession devrait toujours résulter de l'autorisation judiciaire, et non des conventions des parties : sinon il y aurait pacte commissaire (2078 C. c.) ou combinaison de celui-ci avec la clause de voie parée autorisant la vente d'immeubles par le créancier sans autorisation judiciaire : à ce point de vue la suppression de cette dernière clause par la loi du 2 juin 1841 (art. 742 C. pr. c.) est une affirmation du contrôle juridictionnel sur la procédure d'exécution immobilière. Sur sa validité en matière mobilière la question est controversée (Glasson, Morel et Tissier, t. IV, n^o 1030. Ces auteurs penchent vers la négative).

subir passivement l'exécution, à peine de se rendre coupable, suivant les cas, de rébellion (C. pén. 209, 212), de détournement d'objets saisis (C. pén. 400), voire de bris de scellés (249, 252), entraves à la liberté des enchères (412), outrages et violences envers les dépositaires de l'autorité publique (222 à 233). La menace que notre Code de procédure fait peser sur le débiteur indécis est avant tout celle de la saisie.

Dès lors, ayant précédemment cherché à caractériser le contrôle judiciaire, à caractère répressif, de l'exécution volontaire des obligations du débiteur, nous avons à présent à examiner la surveillance par la justice des agissements du créancier, maître des procédures d'exécution forcée. Si c'est à ce dernier en effet que revient, dans notre droit, l'initiative, et, dans une large mesure, la conduite de l'exécution, ses actes ne sont pas pour autant soustraits à tout regard des Tribunaux : une possibilité de recours fréquents à ceux-ci est réservée au débiteur, parfois même la procédure d'exécution a le caractère d'une véritable instance (saisie-immobilière, saisie-arrêt). Le juge, est, par le principe même de sa fonction, destiné à surveiller l'emploi de la contrainte entre les particuliers.

Nous supposons donc, par hypothèse, le créancier muni d'un titre exécutoire. Ce titre pourra avoir été obtenu par lui-même ou par un de ses auteurs. Mais, qu'il s'agisse d'un acte notarié ou d'un jugement, peu importera en pratique au débiteur si le poursuivant est bien le signataire de l'acte, ou le demandeur originaire, figurant au jugement, plutôt que l'ayant cause de celui-ci : la transmission de la créance emporte transmission du droit d'exécuter sans que, semble-t-il, des doutes aient jamais été élevés sur la simultanéité de ces transports. On ne voit donc pas qu'une contestation puisse s'élever de ce chef : si quelque chose était contesté ce serait la créance elle-même : il ne saurait y avoir de débat sur la seule possibilité d'exécution.

La règle est la même en droit moderne au cas où c'est la personne du débiteur qui a changé depuis l'établissement du titre : en vertu de ce dernier on pourra poursuivre

le nouveau débiteur, notamment l'héritier acceptant pur et simple du débiteur primitif, sans avoir besoin de se procurer un nouveau titre exécutoire le désignant expressément comme défendeur à l'exécution. Mais il n'en a pas toujours été de même : dans l'Ancien Droit, sous la plume de certains auteurs, semble bien s'opérer une dissociation entre la dette et l'obligation de subir l'exécution. On rencontre dans Pothier à ce sujet un passage étonnant, qui pourrait faire songer à une esquisse de la distinction entre « Schuld » et « Haftung », cent ans avant Brinz. La question paraît mériter quelque développement.

II. L'action en déclaration exécutoire de l'ancien droit français. — L'article 877 du Code civil, dispose que « les titres exécutoires contre le défunt sont pareillement exécutoires contre l'héritier personnellement », et il ne subordonne l'exécution contre les héritiers qu'à la signification préalable de ces titres. Il paraît en effet normal que le caractère exécutoire, attribut de l'acte constatant la dette, suive le sort de cette dernière.

Les travaux préparatoires du Code montrent que ce principe n'est cependant point passé sans discussion dans notre législation, puisque la première rédaction de l'article en question consacrait au contraire une solution opposée, exprimée en ces termes : « les créanciers ne peuvent exercer de poursuites contre l'héritier personnellement qu'après avoir fait déclarer exécutoires contre lui les titres qu'ils avaient contre le défunt ». Mais il s'agissait là d'une conception déjà périmée, et l'opposition vigoureuse que cette première rédaction provoqua semble avoir fait prévaloir sans difficulté le principe contraire. Et cependant les législateurs de 1803 ne se firent pas faute de constater que ce qu'ils considéraient comme une anomalie périmée était consacré par mainte coutume : c'est sciemment qu'ils entendirent la répudier comme juridiquement erronée, et pratiquement génératrice d'instances inutiles (1).

(1) Locré, t. 10. Observations Maleville au Conseil d'Etat, p. 58 ; Observations Tribunat, p. 168 ; Rapport Chabot au Tribunat, p. 263 s. ;

Dans quelle mesure cette règle était-elle donc admise dans l'Ancien Droit, et quelle portée les auteurs lui avaient-ils donnée ? Doit-on y voir un usage parisien, comme le croyait Treilhard (1), ou une disposition admise par le plus grand nombre des coutumes (2) ? Une réponse un peu détaillée à cette question, permettra seule de juger à sa valeur, le curieux passage de Pothier relatif à cette exigence de la coutume. Pour ce dernier, comme d'ailleurs pour la plupart des auteurs inspirés par la moyenne des régions coutumières ressortissant au Parlement de Paris, il s'agit d'une règle normale, c'est ainsi qu'elle figure dans Loysel sous la forme suivante : « Le mort exécute le vif, et non le vif le mort ; c'est-à-dire, que tout droit d'exécution s'éteint avec la personne de l'obligé ou condamné » (3).

Mais il était donné au magistrat orléanais d'en tenter une justification théorique (Traité de la procédure civile) : il s'exprime ainsi (n° 445) : « il faut bien distinguer l'oblitération d'avec le *droit passif de l'exécution* qui en est l'accessoire : l'obligation du défunt passe à son héritier, celle de la femme à son mari, mais le *droit d'exécution* passive n'y passe pas : ce droit *est personnel à la personne condamnée ou obligée...* ». Faut-il voir là la justification de l'idée de l'existence d'un « lien juridique d'exécution forcée », distinct du lien d'obligation, et l'extinction de ce « droit personnel » par la mort de l'obligé, mettrait-elle en évidence son autonomie ? L'examen rapide qui va être fait de cette règle montrera qu'on ne saurait lui accorder une portée aussi systématique et aussi abstraite.

Il est cependant une explication qu'il faut délibérément écarter, c'est celle qui voudrait n'y voir que la théorie d'une pratique judiciaire parisienne.

L'histoire législative serait peut-être pourtant de nature à corroborer cette opinion. En 1539, en effet, l'ordonnance

Discours Siméon, p. 302 ; Fenet, Observations des Tribunaux d'appel, t. 3, Besançon, p. 165 ; Caen, p. 421.

(1) Présentation au Corps législatif, Fenet, XII, p. 239.

(2) Rapport de Chabot précité.

(3) Inst. Cout., 891.

de Villers-Cotterets avait tenté de supprimer « l'action en déclaration exécutoire » ; après qu'il en était traité dans l'art. 71 de cette ordonnance, l'art. 72 ajoutait : « Et pourra « néanmoins le créancier, si bon lui semble, faire exécuter « lesdites obligations ou condamnations, contre le maintenu « héritier, sans préalablement faire faire ladite déclaration « de qualité d'héritier, de laquelle suffira informer par le « procès, si elle est déniée, à la charge des despens, dom- « mages et intérêts, si ladite qualité n'est vérifiée ». Et si, dix ans plus tard, l'art. 72 ci-dessus fut rapporté, avec quelques autres, par une déclaration du 4 mars 1549 (1), le préambule de cette dernière nous informe que cette mesure d'Henri II a été prise sur « certaines remontrances à nous faites par nos amez et féaux les Gens de nostre Cour de Parlement à Paris ». Mais on va voir qu'en réalité, on ne saurait soupçonner sérieusement les magistrats de la capitale d'avoir fait prévaloir une routine judiciaire de leur siège.

En effet, l'étude de la distribution territoriale des coutumes qui admettent la nécessité de cette sorte d'exequatur montre que, si celles ressortissant au Parlement de Paris la consacrent en général, plus ou moins explicitement (2),

(1) Néron, éd. 1627, t. I, 121.

(2) Il faut remarquer, en effet, que si beaucoup de coutumes rédigées exposent la règle en termes exempts d'équivoque (Paris, N. C. 168, A. C. 171 ; Orléans, N. C. 433, A. C. 349, etc...), certaines ne le font qu'incidemment ou ne permettent de la dégager que par « a contrario » ; ainsi la coutume de Berry n'aborde « l'action en déclaration » qu'à propos des mesures à prendre sur la succession du débiteur étranger (chap. IX, art. 14). Mais leurs commentateurs, toujours imprégnés du droit commun coutumier, n'hésitent pas à interpréter les textes dans le sens généralement reçu. On notera par exemple le scrupule de Chabrol (Coutume d'Auvergne, Comment., 1784). Pour lui il y a doute sur le sens de l'expression « déclaration préalablement faite d'être héritier » ; elle se rencontre pourtant couramment dans d'autres coutumes pour désigner la constatation judiciaire ou authentique du titre ; mais un article de celle d'Auvergne postérieur à l'art. 1 du chap. XXIV qu'il examine dit : « le débiteur qui aura déclaré être héritier, comme dessus... ». Il ne s'agirait donc que d'une déclaration faite par l'héritier. Mais, cette incertitude grammaticale une fois signalée, l'auteur se rassure, ajoutant : « quelque ait « été l'esprit des rédacteurs, l'usage fondé en raison, est que le créancier « ne peut faire saisir les biens de l'héritier de son débiteur, sans avoir « préalablement obtenu une sentence contre lui, ou sans qu'il ait ratifié « par acte devant notaire, les engagements du défunt ». Remarquons, en passant, que le doute de Chabrol sur la portée de l'expression « déclaration qu'il est héritier » est tellement excusable que Tambour (voies d'exé-

d'autres, même rédigées sous l'autorité de souverains étrangers, la reçoivent également (1). De sorte que le territoire de la règle que nous étudions est un peu plus étendu à l'Est et au Nord que le ressort du Parlement de Paris, sans qu'il soit possible d'en dresser dans ces directions les contours précis (2). Par contre, au Sud et à l'Ouest, ses limites sont nettes : elle se heurte aux pratiques des Parlements de Dijon, de Normandie (l'art. 129 des « Placités » de 1666 est d'autant plus formel qu'il consacre, semble-t-il, une réforme consciente), aux habitudes du Droit écrit et de Bretagne : elle est encore consacrée par la coutume de la Rochelle (chap. VI, art. XVI), mais repoussée par la jurisprudence bordelaise (3).

Il faut donc considérer cette pratique comme une véritable règle juridique coutumière (4).

Qu'y voyaient les anciens auteurs ?

Guy Coquille, plus nuancé que Pothier, aperçoit les divergences des coutumes sur ce point, et il tente de les concilier par une distinction ; selon lui, s'il s'agit de ne saisir

cution dans l'Ancien Droit français, 1856) semble avoir commis la même erreur et a cru déroger à la règle commune les art. 106, cout. Bourbonnais et 370, cout. Marche qui, en réalité, en sont l'application.

Mais tous n'ont pas la prudence de l'auteur auvergnat. C'est ainsi que Boucheul, commentateur de la coutume de Poitou (cout. 1559) expose, sans hésitation, la règle commune sous l'art. 406 de cette coutume, qui ne contient absolument aucune indication à ce sujet.

(1) Lille, cout. 1567, chap. XXIII, art. V ; au contraire la coutume de 1533 ne la mentionne pas ; Cambrai, 1574, tit. 25, art. 46 ; Pays du Franc, 1619, art. 185 ; Gorze, 1624, XV, 28 et 29 ; Metz, XV, 4, « a contrario », etc...

(2) Par exemple elle est expressément répudiée par le Hainaut, chartes nouvelles, 1619, chap. CIX, par les trois bailliages de Lorraine : Nancy, Vosges, « Allemagne », cout. 1594, tit. XVII, art. VIII.

(3) Despeisses, Contrats. Cité par Tambour, *op. cit.*

(4) Il faut remarquer que les procès-verbaux de rédaction des coutumes ne mentionnent jamais aucune difficulté pour l'admission de cette règle. Le seul qui fasse mention de l'article qui la consacre est celui de la cout. d'Amiens, lors de la deuxième rédaction de 1567, où cet article, sans d'ailleurs être séparé de ses voisins, est mentionné comme ancien et ne rencontre aucune opposition.

L'ordonnance de 1667 est restée muette sur la question. On a parfois cherché à en tirer parti dans la controverse : par exemple Rodier, dans ses observations sur l'ordonnance (Toulouse, 1761) déclare, énonçant la règle méridionale : « il suffit de signifier de nouveau l'arrêt ou jugement à l'héritier. Cela s'évince de l'art. XV de ce tit. (XXVII) ».

que les biens héréditaires, les poursuites pourront être pratiquées *de plano*, mais si l'on veut atteindre les biens personnels de l'héritier la « déclaration d'héritier » devra précéder. Encore faut-il distinguer, au premier cas, entre la saisie et la vente, la première pouvant se faire sans difficulté, et la vente ne pouvant s'opérer qu'en présence d'un « légitime défenseur de l'hérédité, soit héritier ou curateur à bien vacans » (1). Il semblerait d'ailleurs que pour lui toutes ces règles ne jouent qu'au cas de saisie mobilière : Instit. : « Exécutions en biens *meubles* cessent par la mort du débiteur obligé », mais cette proposition ne vise peut-être que l'effet du décès du débiteur sur l'exécution commencée. En tout cas la justification de la règle ne paraît être que dans la nécessité d'une mesure de contrôle établie dans l'intérêt de la succession.

On trouve une explication à tendance plus juridique, encore qu'elle semble de pure imagination, de ce contrôle judiciaire de l'exécution, dans le *Cours raisonné de pratique civile* de Ravaut (1788) (2) : « Il ne suffit pas d'avoir « un acte exécutoire, ou un jugement, il faut pour sa « validité qu'il soit nommément contre la personne sur « laquelle il s'agit de la faire. En effet, *l'huissier*, n'étant qu'un « simple exécuter, *ne peut rien au delà des termes de sa « commission qui est l'acte dont il est le porteur ; ainsi si « celui qui s'est obligé, ou est condamné, est décédé, « l'acte ni le jugement ne peuvent s'exécuter contre ses « héritiers ; il faut obtenir un jugement qui déclare les « anciens titres exécutoires contre eux, et c'est en vertu de « ce jugement qu'on peut les exécuter, et qu'il y a hypo- « thèque sur les biens personnels de l'héritier » ; Ce dernier membre de phrase procède d'ailleurs d'une toute autre théorie, qui sera reprise plus loin.*

Masuer se contentait d'affirmer le caractère personnel de

(1) Comment. cout. Nivernois, chap. XXXII, art. 2. Questions, réponses et méditations, CXCI. Institution au Droit français, des exécutions des biens, etc...

(2) Tit. IV, chap. II intitulé : Des conditions nécessaires pour la validité d'une exécution, et de ce qui doit la précéder.

l'exécution sur la personne (en même temps que celui de la *coërtion de nisi* ou excommunication : Pratique Tit. XXX) « autre chose », ajoute-t-il, « est quand les biens sont obligez : car l'héritier, quand à iceux, est réputé même personne avec le défunt, qui semble contracter en appréhendant la succession d'iceluy ; encore qu'en France toute exécution demeure éteinte avec la personne du débiteur, et que les biens des héritiers qui jamais n'ont appartenu au défunt ne soient de Droit obligez par procuration générale du défunt » (1).

Ce texte n'est cité que pour mémoire, et par égard à l'importance que lui attribuaient les commentateurs des coutumes rédigées : s'il traduit la règle commune française, c'est pour en écarter l'application au cas d'obligation générale : les héritiers, tenus des obligations du défunt, ratifieraient en quelque sorte par l'adition d'hérédité l'obligation générale contractée par lui. Encore Masuer introduit-il une distinction, qu'on retrouve dans Des Mares (Décis. 132) entre les héritiers en ligne directe et les autres, les premiers devant être considérés comme ne faisant qu'un avec leur auteur. De ces deux solutions, la première fait postérieurement l'objet de graves controverses, ainsi qu'on verra ci-après (2), la seconde a complètement disparu.

En tout cas ces distinctions sont de nature à suggérer pour la règle étudiée une explication, que le principe coutumier consacré par Loisel en sa simplicité ne permet pas d'entrevoir, mais qui est effleurée par le texte de Ravaut précité, et nettement aperçue par Chabrol dans son commentaire sur la coutume d'Auvergne. Reprenant le texte de Masuer cité plus haut, Chabrol estime qu'il faut aller plus loin et que même au cas d'obligation générale on devra faire déclarer le titre exécutoire : « Quoique la coutume, déclare-t-il, permette de saisir les biens immeubles de l'héritier, déclaration faite qu'il est héritier du défunt, rien n'empêche de supposer que le créancier aura préalable-

(1) Traduction française Fontanon, éd. Guenoys, 1606.

(2) Le Brun, Successions, liv. IV, chap. II, s. I.

« ment obtenu une sentence contre lui qui déclare les titres « exécutoires » (1). Il semble bien que la proposition initiale de cette discussion du texte de Masuer soit à elle seule de nature à éclairer le problème, c'est la suivante : « on ne peut faire saisir réellement un bien sur lequel on n'a pas d'hypothèque ». Cette affirmation qui serait fausse en droit moderne, où l'on peut faire pratiquer une saisie en vertu d'un acte notarié n'emportant pas hypothèque de plein droit, était vraie dans l'ancien Droit où l'acte sous scel public, à l'égal du jugement, emportait hypothèque générale. Comment s'étonner, étant donné la concomitance du caractère exécutoire du titre et de l'hypothèque générale qu'un lien s'établît naturellement dans les esprits entre ces deux attributs de la créance authentiquement consacrée ? (2).

Dès lors il était naturel de considérer que les biens de l'héritier étaient à l'abri de toute saisie car il n'appartenait pas au défunt de les hypothéquer. Et ce n'est que dans la mesure où l'on pouvait admettre (ainsi que semblait l'admettre Masuer) que le débiteur, en s'engageant, eût voulu et pu engager, même tacitement, les biens de ses descendants, que l'on pouvait permettre l'exécution, sans autre formalité, sur les biens de ceux-ci : or la validité de cet engagement, ainsi que l'explique Chabrol, était précisément admise par les Parlements de Rouen et de Dijon, où l'action « en déclaration exécutoire » était inconnue.

Le principe des pays de coutume exprimé par Loisel en son article 891 s'éclaire donc d'un jour significatif si on le rapproche de celui que pose l'art. 503 : « Générale hypothèque de tous biens comprend les présents et à venir, et non ceux des hoirs » — et le commentaire de Laurière ajoute : « ainsi le créancier du défunt n'a d'hypothèque sur les biens des hoirs, que du jour qu'il a obtenu sentence contre eux, ou qu'ils lui ont passé titre nouvel ».

En ce qui concerne les meubles, cette dernière suggestion

(1) Ed. 1784, t. I, 358.

(2) « C'est ainsi que l'hypothèque est devenue, parmi nous, en quelque sorte, une suite nécessaire de l'authenticité des actes » (Denisart, *Collec-tions*, éd. 1783, t. I, V^o Acte authentique).

paraît sans doute historiquement aventureuse lorsqu'on se souvient du caractère primitivement subsidiaire de l'exécution immobilière par rapport à la saisie des meubles (1), de la disparition finale de l'hypothèque sur les meubles, au moins dans le Droit Commun et, plus encore, du vieux principe que les meubles, prolongement de la personne du débiteur, répondent des dettes comme par une affectation naturelle ?

Ne serait-il pas cependant intéressant de rapprocher les deux saisies, mobilière et immobilière ? L'hypothèque judiciaire sur les immeubles finit par se confondre avec le privilège du premier saisissant (2) alors que celui-ci n'a plus survécu que pour les meubles » (N. C. Paris, 178) (3) ; mais la différence n'est qu'une question de point de départ de la sûreté : si celui-ci a fini par être fixé au jour du jugement pour les immeubles, il est resté, en matière mobilière, à la date de l'exécution, solution primitive.

Il faut reconnaître d'ailleurs que les origines des règles sur la revendication et l'hypothèque des meubles sont encore plus obscures que celles de l'obligatio bonorum et de l'hypothèque proprement dite. Mais nous ne voulons considérer ici que le dernier état de l'ancien Droit : au moment de la rédaction des coutumes, l'hypothèque générale des actes et des jugements était acquise et le parallélisme de ces deux catégories de titres exécutoires est si frappant qu'il entraîne chez les auteurs, avons-nous dit, un parallélisme, sinon historique, du moins doctrinal, entre la force exécutoire et l'existence d'une hypothèque. Et il suf-

(1) Cf. par exemple Beaumanoir, n° 1074, éd. Salmon et la survivance, dans l'art. 2206 du Code civil, du principe abrogé, en règle générale, par l'ordonnance de 1539.

(2) Les rapports de l'hypothèque mobilière et du privilège du premier saisissant ont été beaucoup plus variés et controversés, dans les régions où la première a subsisté, au moins en ce qui concerne la distribution entre créanciers, comme la Normandie et les pays de droit écrit : cf. sur ces questions : Henrys, Œuvres, 6^e édition, 1771, t. II, p. 313 s.

(3) Sur le caractère du privilège du premier saisissant, primitivement subordonné, dans l'usage de certains ressorts coutumiers, à l'enlèvement effectif des objets saisis, cf. P. Esmein, Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits. Thèse Paris, 1914, chap. V : jugement de validité de saisie-arrêt, p. 217 s.

fit d'admettre un instant, ainsi que le font certaines coutumes, la possibilité d'une hypothèque mobilière, pour que le raisonnement de Chabrol ci-dessus soit applicable à l'ensemble du patrimoine : si l'on ne peut saisir qu'en vertu d'une hypothèque, on ne peut saisir le patrimoine propre de l'héritier en vertu d'un titre n'emportant hypothèque que sur les biens de la succession. Pour repousser cette solution, qui, ainsi qu'on l'a dit, n'avait pas cours en Normandie, Basnage en son traité des hypothèques (Rouen, 1692) est contraint d'accueillir la vieille opinion selon laquelle « les biens des héritiers deviennent hypothèques aux créanciers du défunt par la seule adition d'hérédité (1) ». En l'absence, dans les coutumes communes, de ce caractère attribué à l'adition d'hérédité, ou de la possibilité pour une personne d'hypothéquer les biens de ses héritiers, il semble que par le jeu de ces principes hypothécaires, la règle coutumière trouverait une explication des plus géométriques : pas de saisie sans hypothèque, pas d'hypothèque de plein droit sur les biens des héritiers, donc nécessité d'un titre nouveau pour les poursuivre. Mais il faut bien reconnaître que les commentateurs de ces coutumes n'offrent pas de construction d'une pareille netteté : aussi bien l'hypothèque mobilière leur est-elle inconnue. Il est néanmoins intéressant de constater que dès qu'ils cherchent à expliquer la règle autrement qu'en alléguant la nécessité de ménagements ou de vérifications pour épargner à l'héritier toute exécution frustratoire, on retrouve sous leur plume le texte de Masuer ou le texte de Paul au Dig. XX. 1. 29 relatif à l'impossibilité d'une hypothèque existant du chef du défunt sur les biens « quae ex bonis defuncti non fuerunt » (2). Quant à Dumou-

(1) Chabrol donnait une autre explication, reproduite *supra*, p. 115 de l'« hypothèque » existant sur les biens des héritiers en Bourgogne et en Normandie.

(2) Brodeau s. l'art. 168 cout. Paris ; Thaumassière, chap. XX, art. IV, cout. de Lorris ; Bouguier, Arrêts de la Cour décisifs v^o hypothèques, V, etc... Le texte de Paul n'était pas invoqué par les auteurs seulement : cf. arrêt de règlement du 14 août 1625 (Journal des Audiences, t. VII, supplément liv. I, chap. XLI) : « la Cour a délibéré et résolu par son arrêt, qui sera gardé et observé en toutes les Chambres du

lin, dont l'influence en ce domaine est certaine puisqu'on voit que ses notes (1) ont inspiré la plupart de ses successeurs, il ne fournit aucune explication autre que la nécessité de mesures de contrôle (par exemple subordination nécessaire de l'exécution à l'adition d'hérédité afin qu'il n'y ait pas de doute sur la personne des héritiers, dans son commentaire sur l'ordonnance 1539 à l'art. 72) (2).

Mais si la règle ne peut s'expliquer par le seul jeu des principes hypothécaires, ne pourrait-on, du moins, au delà de l'hypothèque, chercher sa source dans le caractère contractuel qui est, semble-t-il, à l'origine, celui de l'exécution forcée ? Chacun ne pouvant engager que son propre patrimoine, et non celui de ses héritiers, le titre exécutoire constatant cet engagement n'aurait pu être opposé à ces derniers. Nous trouverions pour nous y inviter, un texte suggestif de Ferrière (3). « L'ancien usage de pratique était, que les « obligations n'étaient exécutoires que sur les mêmes personnes qui avaient parlé et qui étaient dénommées, comme « nous pouvons remarquer dans le Grand Coutumier de « France livre 2, titre de l'exécution des lettres, art. 4 ». Il semble dès lors possible que le caractère exécutoire des jugements et actes publics, concomitant avec l'hypothèque judiciaire, fruit de l'extension analogique d'une catégorie contractuelle, ait conservé ce caractère personnel (4).

Parlement, que suivant l'opinion de Paulus, et non de Modestin, pour avoir hypothèque sur les biens propres de l'héritier, il faut avoir obtenu condamnation contre lui... ».

(1) 349 Orléans ; 151 Boullenois ; 171 Paris ; 69 Mantes ; IV, 20 Lorris.

(2) La mesure de contrôle qu'avait eu pour but de supprimer l'éphémère art. 72 de l'ordonnance de 1539 (cf. *supra*, p. 111) était-elle bien l'action ayant pour but de donner aux actes force exécutoire contre les héritiers du débiteur primitif ? Ne tendait-elle pas plutôt simplement à obliger l'héritier à prendre qualité ? Le législateur aurait-il alors entendu réduire à cette dernière utilité la portée de l'action étudiée et de la rendre, du même coup, facultative ? Ou bien n'aurait-il pas existé en réalité deux actions différentes, au moins à une époque ancienne, ce qui expliquerait certaines incertitudes de terminologie comme celle de Chabrol à la p. 111, n. 2 *supra* ? Il nous a été impossible de le découvrir.

(3) Corps et compilation, sur l'art. 168, Cout. Paris, n° 10.

(4) Un curieux rapprochement est fait par certains auteurs et même certaines coutumes entre le cas étudié ici et celui du cessionnaire d'une créance (Les trois bailliages de Lorraine, XVII, 8).

Cette méprise était d'avance condamnée énergiquement par Dumou-

A la vérité on ne saurait avec d'aussi fragiles indices étayer une théorie sur l'origine d'une pratique aussi ancienne.

Il n'en reste pas moins qu'on a touché par là une survivance de l'ancien caractère personnel de l'exécution : qu'on admette que ce caractère personnel ait son fondement dans la nature primitivement conventionnelle de l'exécution qui supposerait un « engagement » préalable, ne survivant pas au débiteur, ou qu'il soit le fruit d'une confusion entre l'hypothèque générale et le droit de gage général du créancier, on constate là un curieux effet de la lenteur plus grande d'évolution du droit de l'exécution ; cette relative fixité a permis pendant plusieurs siècles (1) une survivance partielle et fortuite du caractère personnel, et par suite intransmissible, de la dette, survivance qu'il suffisait d'un examen critique pour rejeter. Nous pouvons dès lors juger l'explication de Pothier : il ne s'agit que d'une tentative de systématisation d'une règle existante, trop bien établie pour être critiquée par un esprit respectueux des normes en vigueur. Il appartenait aux législateurs consulaires, chargés d'éprouver la solidité des pièces de l'Ancien Droit dignes d'être conservées, de constater le caractère irrationnel de celle-ci pour l'abandonner ; mais pas plus que Pothier ils n'en comprirent l'origine ; ni l'un ni les autres ne désiraient faire œuvre d'historiens.

De nos jours l'art. 877, s'il a pour but principal de permettre à l'héritier d'être prévenu quelques jours avant l'exécution, lui permet aussi d'écarter celle-ci s'il n'a pas encore pris qualité : on admet en effet que si des créanciers du défunt voulaient faire procéder à des mesures d'exécution sur les biens héréditaires pendant les délais accordés par

lin : n. sur l'art. 263, Cout. Blois, 1523, qui comportait l'obligation de faire déclarer le titre exécutoire après cession. « *Iste articulus est valde ineptus, contrarium ubique observatur... jus enim exequendi non mutatur nec amittitur ex parte creditoris sed ex parte debitoris* » (cet article est tout à fait inepte, le contraire s'observe partout car le droit de poursuivre n'est modifié ou perdu que du côté du débiteur et non du côté du créancier).

(1) L'existence de l'action exécutoire s'est prolongée dans la procédure civile de la province de Québec jusqu'à la révision de 1897 : l'ancien art. 546 du C. proc. civ., rédaction de 1867, en consacre encore la nécessité (cf. Martineau et Delfausse, Comment. s. l'art. 605 nouveau).

l'art. 795 C. C. pour faire inventaire et délibérer, l'héritier pourrait former opposition aux poursuites pour y faire surseoir jusqu'à l'expiration de ces délais (1). Quant aux biens propres de l'héritier, ils ne pourraient être saisis avant que celui-ci n'ait pris qualité. Tout ceci ne paraît pas pouvoir donner lieu à de grandes difficultés pratiques et les tribunaux en tout cas ne sont plus appelés à trancher des instances ayant pour seul but de déterminer le défendeur à la procédure d'exécution imminente.

III. Contentieux provisoire de l'exécution des titres exécutoires. — Une fois déterminées les parties à la procédure d'exécution et si la fausseté du titre exécutoire n'est pas alléguée (2), de multiples contestations peuvent encore se produire.

Le débiteur peut invoquer contre les poursuites des obstacles juridiques, extrinsèques au titre exécutoire, se référant généralement à des événements postérieurs à l'établissement de celui-ci : contestations sur l'existence même ou l'exigibilité de la dette au moment où l'exécution forcée est entreprise. Il peut également élever des difficultés quant à la régularité de la procédure d'exécution. Il peut enfin, abandonnant tout grief juridique, contester l'opportunité des poursuites, et demander notamment des délais. Le juge risque donc de se trouver saisi de tous les moyens dilatoires inventés par un débiteur aux abois, si l'on veut éviter des excès irréparables de la part du créancier. Pour préserver les intérêts en cause il arrive que la procédure ait le caractère d'une véritable instance (saisie immobilière, où un lien juridique d'instance existe dès la mention de la notification aux créanciers inscrits en marge de la trans-

(1) Aubry et Rau, 5^e édition, t. IX, § 614, p. 614.

(2) L'art. 1319 du Code civil dispose qu'au cas de faux principal l'exécution sera suspendue par la mise en accusation ; au cas de faux incident civil « les tribunaux pourront, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte ». Ici encore il s'agira bien d'une décision sur l'exécution : les juges devront apprécier au regard de l'opportunité de l'exécution le caractère sérieux de l'inscription de faux, et pourront en décider sans préjuger en rien de la décision à intervenir sur le faux (Req. 10 janvier 1893. D. 93.1.586).

cription de la saisie : art. 693 C. p. c. ; cf. à un certain degré saisie-arrêt, procédure d'ordre, de contribution, saisie des fonds de commerce).

Plus communément la nécessité de l'équilibre d'intérêts que nous avons rencontré dans la première partie de cette étude conduit à un recours au contentieux provisoire. L'instrument en est le référé, introduit en vertu du second chef de l'article 806, Code procédure « lorsqu'il s'agira de « statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement » (1). La loi écrit le Pr. de Belleyme (2) « ne voulant pas que l'exécution d'un titre exécutoire puisse engendrer un nouveau procès a donné au Président le droit de juger, « mais provisoirement, la valeur exécutoire du titre et les « obstacles à son exécution ».

Et le caractère de cette décision sera le même que celui déterminé précédemment : « le juge des référés » écrit Bertin (3) « peut apprécier provisoirement les dispositions des « actes et des jugements au point de vue de la solution à « donner aux difficultés relatives à l'exécution des titres « exécutoires et des jugements, alors que le sens de ces actes « ne peut donner lieu à aucune controverse sérieuse ». Il faut toutefois remarquer qu'à la différence de ce qui se passe avant qu'il existe au profit du créancier un titre inattaquable, ici la décision provisoire à prendre n'a pas moins de portée que celle qui sera prise au fond : cette dernière, en effet, ne fera, elle aussi, que statuer sur une question d'exécution : « Au moment d'une saisie, d'une « vente, ou d'une arrestation, le président décide provisoirement la question principale, soit qu'il autorise la saisie, la « vente ou l'incarcération, soit qu'il ordonne le sursis, puis-« qu'il a apprécié le mérite de l'obstacle à l'exécution » (4).

(1) Il s'agira, en la forme, le plus souvent, du référé dit « sur procès-verbal d'huissier ».

(2) Référés, 3^e éd., p. 446.

(3) Référés, n^o 181.

(4) De Belleyme, *op. cit.*, p. 377. Nous ne saurions toutefois admettre la différence établie par cet auteur entre le cas d'urgence et le cas d'exécution. On peut admettre, et c'est sous une autre forme la pensée expri-

§ 1. DIFFICULTÉS TIRÉES DU FOND DU DROIT. — Le débiteur peut soulever les objections juridiques les plus variées. Les unes porteront sur l'étendue du gage du créancier : le saisi pourra arguer du caractère insaisissable de certains biens pour des motifs tirés du droit privé (cf. *infra*, 127), ou du droit public, interne, et international. Il pourra également s'attaquer à l'existence actuelle de la dette, la prétendant éteinte par paiement ou novation, ou tout au moins alléguant qu'il y a compte à faire (1), compensation à opérer. Si cette allégation paraît sérieuse, elle peut motiver un sursis aux poursuites (2). Il en est de même d'une procédure d'offres : le juge doit se dessaisir s'il existe une contestation de fond sur la validité des offres (Civ. 26 mars 1924 (3), il ne pourrait déclarer celles-ci suffisantes et libératoires (Cass. 26 octobre 1936) (4), mais doit repousser la demande en discontinuation des poursuites s'il est manifeste que les offres, insuffisantes, n'ont pour but que de paralyser l'exécution d'une décision définitive (5). On peut envisager également qu'une procédure soit engagée au fond sur la valeur d'un engagement souscrit par acte authentique et dont l'exécution forcée est poursuivie (6).

Dans tous les cas le Président n'aura pas à examiner le fond du droit, mais la probabilité de la décision à interve-

mée par la citation précédente, qu'en matière d'exécution « c'est parce « que le juge statue provisoirement sur la question que la loi devait dire « que la provision ne préjudicierait pas au principal ». Mais nous estimons que ce caractère « provisoire » caractérise en tout état de cause l'ordonnance de référé et nous n'admettons donc pas l'affirmation selon laquelle « l'ordonnance portant qu'il n'y a lieu à référé peut être une décision définitive, puisqu'elle maintient le fait dont on se plaint ; et c'est pour « ce motif sans doute que l'art. 806 ne reproduit pas pour les cas d'urgence l'expression « statue provisoirement » qu'elle emploie lorsqu'il « s'agit d'exécution des titres et jugements » (*op. cit.*, p. 376).

(1) Dalloz, Rép. prat. V^o saisie-exécution, n^{os} 245 et 246.

(2) De Belleyne, *op. cit.*, t. II, p. 22.

(3) D. 26.1.189.

(4) Gaz. Pal., 22 décembre 1936.

(5) Paris, 22 juin 1926. Gaz. Pal. 26.2.317, concl. avocat général Dumas. On ne saurait faire état dans le même sens d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 17 décembre 1860 (D. 61.1.299). Car cet arrêt ne fait qu'appliquer l'ancienne théorie de l'incompétence du juge des référés lorsque le juge du principal est saisi (cf. *supra*, chap. I, p. 39).

(6) De Belleyne, p. 447, cf. Fichot, Pouvoirs des juges des référés au cours des poursuites d'exécution. Thèse Paris, 1913, p. 34 s.

nir sur celui-ci : « le juge n'aura pas à se prononcer sur le « mérite des exceptions soulevées, il les examinera seulement au point de vue des chances de succès ou d'insuccès qu'elles peuvent avoir devant le Tribunal appelé en « connaître » (1). La tendance de la jurisprudence est d'ailleurs de n'accueillir qu'avec circonspection les allégations du débiteur : cf. p. ex. dans une espèce où un locataire prétendait que le propriétaire avait renoncé à l'expulsion prévue par le bail authentique faute de paiement du loyer : « cette prétention ne saurait être considérée comme une « contestation sur le fond, de nature à arrêter l'exécution « d'un titre authentique incontesté auquel provision était « due ». (Req. 18 avril 1882) (2).

C'est ici que le rapprochement qui a été fait dans le chapitre I ci-dessus, entre la question préjudicielle telle qu'elle se présente en matière de référé et dans d'autres domaines, notamment en matière administrative, trouve sa pleine application : de même que le juge civil saisi de l'application d'un acte administratif, « le juge des référés peut « apprécier provisoirement les dispositions des actes et des « jugements... alors que le sens de ces actes ne peut donner « lieu à aucune controverse sérieuse ; mais s'il ne s'agit pas « d'appliquer, mais d'interpréter des titres... le Président « doit renvoyer les parties devant la juridiction ordinaire » (3). Ainsi un arrêt de la Chambre civile du 26 mars 1924 (4), déclare qu'une « question préalable, qui touchait « au fond du droit, et qui impliquait l'interprétation du « contrat, ne pouvait être résolue par le juge des référés « rés ».

Enfin, de même que nous l'avons vu dans la première partie, des responsabilités pourront être finalement encourues si la décision provisoire allait à l'encontre de la décision définitive ultérieure (5) : « Le Président doit bien

(1) Fichot, *op. cit.*, p. 41.

(2) D. 83.1.263.

(3) Bertin, *Référés*, n° 181, au chapitre III : compétence.

(4) D. 26.1.189.

(5) Les principes sont les mêmes lorsqu'il s'agit de l'exécution d'un acte sous seings privés, ordonnée en référé, s'il y a urgence, en l'absence

« calculer les conséquences de son exécution provisoire,
« puisqu'elle peut affecter gravement le crédit ou la situa-

de toute contestation sérieuse sur l'interprétation de l'acte. Il s'agit notamment de l'expulsion d'un locataire qui n'est titulaire que d'un bail non authentique ; le recours au référé est souvent prévu par l'acte même. Le contentieux de cette exécution provisoire a donné lieu à de multiples décisions, surtout au cours de ces dernières années avec le développement de la législation sur les baux à loyer.

Sur les pouvoirs du Président des référés en matière contractuelle, cf. *supra*, chap. I, p. 47. Le caractère provisoire des mesures ainsi prises est le même que nous avons rencontré en d'autres matières : le Président, d'après M. Tissier (n. au S. 1892.2.249) peut ordonner des mesures ayant des conséquences définitives ; elles n'en seront pas moins juridiquement provisoires : « il peut donc ordonner l'expulsion d'un locataire si cette « mesure lui paraît être urgente, sauf plus tard au tribunal, si par extra- « ordinaire il maintenait le locataire dans la maison, à lui accorder des « dommages-intérêts pour le préjudice que lui a causé la mesure provi- « soire prise contre lui », Cf. Req. 29 octobre 1934. D. H. 34.553 : « at- « tendu que la mesure requise (expulsion pour caractère immoral et scan- « daleux de l'exploitation des locaux loués), obtenue et exécutée... en « raison du trouble causé par les abus de jouissance du preneur, n'était « qu'une mesure d'ordre toute provisoire qui n'a mis fin qu'à la situation « de fait ; qu'elle laissait subsister le droit au bail... qu'une telle mesure « n'est ni une résiliation ni l'équivalent d'une résiliation... ».

Ce cas de référé nous paraît cependant plus proche des questions de référé d'exécution que de celles de référé d'urgence, car on n'aperçoit pas de différence pratique entre le cas où le bail intervenu entre les parties sera sous seing privé et celui où il sera authentique : et dans ce dernier cas il s'agira de difficultés d'exécution d'un titre exécutoire. Cf. sur ces questions : Rousseau, *op. cit.*, notamment pp. 32 s., 76 s., 182 s. On peut rapprocher de ces cas celui où le Président, en dehors des prévisions des textes, autorise des ventes de meubles (ce qui arrive fréquemment en pratique, par exemple à la requête des garde-meubles lorsque les frais de garde atteignent la valeur des mobiliers saisis) : une note intéressante de Labbé au S. 1876.2.313 critique cette extension de la notion d'urgence, remplacée par la « nécessité », causée elle-même par la modicité de la valeur des meubles. Mais l'arrêtiste tient à affirmer que même une semblable vente ne préjudicie pas au principal : « le Président en référé « ne peut ordonner que des mesures provisoires... Cela ne veut pas dire « qu'il ne puisse ordonner que des mesures conservatoires, absolument « réparables ou restituables, non, mais seulement que toute décision par « lui rendue ne fixe pas le droit, même entre les parties ». En réalité, nous verrions volontiers dans de telles ventes mobilières des mesures d'administration, par comparaison avec les pouvoirs de l'héritier bénéficiaire (805 C. C.), des commissions des établissements d'aliénés (l'art. 31 de la loi du 30 juin 1838 leur permet de faire vendre, sur autorisation du Président du tribunal, le mobilier de l'aliéné interné), du mineur émancipé, du prodigue, etc... Nous considérons comme des mesures d'exécution beaucoup plus caractérisées les ventes de certains meubles autorisées par le juge de paix en vertu des lois du 31 mars 1896 (objets abandonnés ou laissés en gage par les voyageurs aux aubergistes ou hôteliers) et du 31 décembre 1903 (objets confiés à des ouvriers ou industriels et non retirés) : dans les deux cas l'opposition du propriétaire est prévue (art. 5 de la loi de 1896, art. 4 de la loi de 1903) et oblige le juge à statuer contradictoirement dans le plus bref délai.

« tion des parties, ou faire naître de graves débats au
« principal, car on peut toujours, après l'ordonnance,
« demander par action principale la nullité, par exemple
« d'une saisie, d'une incarceration, d'une vente, et des
« D. I. pour préjudice causé par l'exécution, ou faire
« ordonner la vente et l'arrestation, si elle a été suspen-
« due (1). »

§ 2. DIFFICULTÉS SUR LA RÉGULARITÉ DE LA PROCÉDURE. —
Le débiteur peut encore soulever contre l'exécution des
griefs d'ordre juridique, dont le juge provisoire de l'exécu-
tion sera appelé à évaluer la vraisemblance. Le poursuivi
pourra tout d'abord contester la valeur exécutoire du titre.
Il en sera ainsi notamment lorsqu'il aura tenté lui-même
de remettre cette valeur en question par un appel ou une
opposition (sur la valeur exécutoire du titre susceptible
d'être attaqué par une voie de recours, cf. *supra*, chap. II).
« On statue donc en référé sur le mérite de l'opposition,
« parce qu'il s'agit de décider si le titre est exécutoire, et de
« statuer sur un obstacle à l'exécution d'un jugement (2). »
« On statue en référé sur les difficultés relatives à l'appel,
« comme questions de titres exécutoires et d'obstacles à
« l'exécution (3). » Enfin, et corrélativement, on statue en
référé sur les difficultés relatives à l'exécution provisoire.

La question est d'ailleurs controversée de savoir si le
Président pourrait ordonner la discontinuation des pour-
suites au cas où l'exécution provisoire d'un jugement frappé
d'appel aurait été prononcée (4). Nous admettrions volon-
tiers que le seul juge de l'exécution provisoire est le juge
du fond (Tribunal d'abord, et Cour ensuite) statuant sur le
provisoire par une disposition spéciale, et que le juge du
référé est incompétent.

Ensuite et surtout le juge du référé jouit d'une large com-

(1) De Belleyme, *op. cit.*, II, 423, passage déjà cité en partie *supra*,
chap. I, p. 45.

(2) De Belleyme, *op. cit.*, I, p. 463. Req. 7 janv. 1885. D. 85.1.192.

(3) Id., p. 477.

(4) Nég. : Toulouse, 13 juillet 1848. S. 48.2.752 ; Montpellier, 11 dé-
cembre 1841. S. 42.2.174, aff. Bertin, II, 97 s. ; Bazot, 340.

pétence pour statuer sur les incidents de la procédure d'exécution, et ce tant en vertu de l'art. 806 précité que de textes particuliers (cf. 606-607-622-787-829-845-852-921-944-948 C. proc.).

En matière de saisie immobilière, ce dernier est en général incompétent, vu l'attribution au Tribunal des incidents proprement dits (718 s. C. proc.). Mais il peut statuer avant le procès-verbal de saisie, par exemple sur une opposition à commandement (1). A partir du procès-verbal de saisie, les incidents lui échappent (cf. cependant art. 734 C. P. C.) mais il pourrait statuer sur une contestation étrangère à la poursuite de la procédure (arg. art. 681 C. proc.) (2). En matière de saisie mobilière sa compétence est générale (art. 607 précité). Il pourra statuer provisoirement sur des questions de procédure touchant au fond, notamment sur une question de revendication (malgré l'attribution au Tribunal par l'art. 608) (3); il pourrait même ordonner la continuation des poursuites malgré une demande en distraction si cette demande apparaissait comme manifestement mal fondée (4). Bref, s'agissant du contentieux provisoire de l'exécution poursuivie en vertu d'un titre définitif, comme du contentieux de l'exécution provisoire (1^{re} partie, chap. II, *supra*) ou de l'exécution conservatoire (1^{re} partie, chap. I, *supra*), le juge de l'exécution est chargé de tirer de la probabilité des droits une conséquence pratique immédiate.

§ 3. DIFFICULTÉS SUR L'OPPORTUNITÉ DE LA PROCÉDURE. — Le créancier qui ne conteste plus la dette peut soulever deux griefs contre l'exécution : 1^o elle porte atteinte à ses intérêts vitaux : 2^o elle est intempestive et un délai lui permettrait de s'acquitter (5).

(1) Le commandement n'est en effet qu'un acte préalable à la saisie : Cass. 4 avril 1900. S. 02.1.89.

(2) Cf. Fichot, thèse précitée, p. 80 s.

(3) Paris, 7 août 1890 et 12 janvier 1891. D. 91.2.161 ; Req. 20 novembre 1900. D. 01.1.21.

(4) Arrêts cités au D. Rép. prat. v^o saisie-exécution, n^o 312.

(5) Le Code civil prévoit un cas particulier de contrôle de l'opportunité de l'exécution : l'art. 2212 permet aux juges d'écarter la saisie-immobi-

A. *Limitation de la portion saisissable du patrimoine.* —

Depuis fort longtemps le législateur est intervenu pour faire prévaloir les besoins indispensables du débiteur sur les exigences du créancier, quelque fondées en droit qu'elles soient. L'article 592 du Code de procédure civile énumère les objets qui « ne pourront être saisis ». L'art. 581 du même Code écarte de l'emprise de la saisie-arrêt les provisions alimentaires adjugées par justice. Cette insaisissabilité n'est d'ailleurs que relative : les provisions alimentaires pourront être saisies pour cause d'aliments (582), de même que les objets insaisissables, qui pourront en outre être saisis, sauf la literie et les vêtements portés actuellement, pour différentes créances énumérées par l'art. 593. Les dispositions législatives ne laissent place à aucun pouvoir d'appréciation de la part du juge. Nous n'avons donc pas à insister sur leur application.

Il en est autrement de l'insaisissabilité, posée par l'art. 581, 3^o et 4^o, des « sommes et objets disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou donateur, et des sommes et pensions données ou léguées », encore que « le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables ». Cette insaisissabilité n'est que relative, mais l'autorité judiciaire est appelée à contrôler les saisies éventuelles : « les objets mentionnés aux n^{os} 3 et 4 du précédent article pourront être saisis par des créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs ; et ce, en vertu de la permission du juge, et pour la portion qu'il déterminera ». Telle est en la matière l'œuvre du Code de 1806. Il réservait encore (art. 580) la limitation par des lois particulières des saisies-arrêts sur « les traitements et pensions dus par l'Etat », mais laissait à l'arbitraire du créancier l'opposition sur le salaire des particuliers (1). C'est ici qu'intervint la jurisprudence, créant de toutes

lière au cas où le revenu d'une année des immeubles du débiteur, établi par baux authentiques, suffit au paiement de la dette en capital, intérêts et frais.

(1) Encore les salaires des gens de mer étaient-ils traditionnellement insaisissables (ord. du 1^{er} novembre 1745), le principe est conservé par l'art. 66 du Code du travail maritime (loi du 13 décembre 1926).

pièces un contrôle judiciaire de l'exécution orienté tout entier vers la protection du débiteur (1). Il fut donc admis, avant la loi du 12 janvier 1895, la première intervenue en la matière, que les appointements des employés des particuliers pouvaient être déclarés insaisissables, en tout ou en partie, lorsque, eu égard à leur importance, ils devaient être considérés comme alimentaires (Req. 18 février 1895) (2).

La nécessité d'une telle limitation était d'ailleurs si évidente, en même temps que les inconvénients d'une construction purement jurisprudentielle, que le législateur intervint : on remarquera notamment que l'unité de cette jurisprudence ne pouvait être assurée par le contrôle de la Cour de Cassation, car cette dernière avait reconnu « que « la détermination de la quotité des sommes saisissables « qui doit être réservée au débiteur est laissée à l'appréciation des juges du fond » (Req. 29 mai 1878) (3).

Actuellement, sans parler de la législation relative aux fonctionnaires et pensionnés, la loi du 4 août 1930 fixe la quotité saisissable des salaires et appointements. Ainsi se trouve consacré par la loi un édifice purement jurisprudentiel ; en même temps disparaît une forme particulièrement intéressante de contrôle judiciaire sur l'opportunité d'une voie d'exécution, puisque désormais les juges, s'ils sont saisis d'une difficulté, n'auront qu'à appliquer la loi comme ils le faisaient déjà s'agissant de limitation de la saisie-mobilière.

B. *Octroi de délais de grâce au débiteur.* — L'autre grief d'inopportunité dirigé contre l'exécution et la demande de

(1) C'est l'une des deux hypothèses de contrôle judiciaire sur les voies d'exécution retenues par E. H. Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, t. 2, tit. III. De l'adoucissement du droit. Chap. XI : Contrôle judiciaire de l'exercice des droits (bonne foi), p. 229 s. L'autre hypothèse retenue par cet auteur est le pouvoir reconnu par la jurisprudence au juge commissaire saisi d'une procédure d'ordre portant sur plusieurs immeubles, de colloquer partiellement sur ces divers immeubles le créancier muni d'hypothèques multiples ou d'une hypothèque générale. Comme il s'agissait là de régler un conflit d'intérêts entre les créanciers et non entre créancier et débiteur, ce cas n'entrait pas dans le cadre de notre étude.

(2) S. 97.1.403 n.

(3) D. 79.1.21.

délais font au contraire appel à un large pouvoir d'appréciation de la part du juge. Le fait d'accorder un délai peut aboutir à reculer l'échéance d'une dette fixée conventionnellement : c'est donc véritablement sur le fond que statue le juge, et là-dessus, sa décision est bien définitive : aucune réparation postérieure ne pourra faire qu'un délai n'ait pas été accordé (l'octroi d'un terme de grâce par le juge est toujours une violation de la loi du contrat (1). L'anomalie n'est d'ailleurs pas moindre si le juge écarte pour quelque temps l'effet exécutoire d'un titre auquel cependant provision est due). En réalité « on ne saurait distinguer ici le principal, le fond, le définitif et le provisoire. « Le juge du référé ne saurait dire avec exactitude : au « fond, renvoyons à se pourvoir au principal, provisoirement, accordons un délai... » (2).

Dans l'Ancien Droit, les poursuites ne pouvaient être arrêtées qu'en vertu des lettres de Répit, accordées par les juges antérieurement à 1669, mais dont une ordonnance d'août de cette année réserva l'octroi à la Chancellerie (Tit. IV, art. II). Elles étaient destinées à rester exceptionnelles (3).

En outre un certain nombre de dettes ne pouvaient faire l'objet d'un « répy » ; elles étaient énumérées par l'art. XI au titre VI susvisé (notamment : pensions, aliments, loyers, lettres de change..., etc.). Et surtout certaines dispositions des coutumes, que l'ordonnance n'abrogea pas, interdisaient les répits contre la dette constatée judiciairement (4).

(1) Planiol et Ripert, t. VII, n° 1018.

(2) N. Labbé sous Paris, 25 septembre 1884. S. 85.2.193.

(3) Cf. Commentaire Jousse, nouv. éd. 1761 sous l'article précité. Il existait aussi des « défenses générales » (cf. Ord. sur le commerce, 1673, tit. IX) servant à suspendre provisoirement les poursuites, corrélativement à un concordat ou à l'obtention de lettres de répit (Jousse, Comment. sous l'art. I du titre VI de l'Ord. de 1669 précitée). Il existait aussi des lettres d'Etat accordées principalement aux Officiers de terre et de mer, suspendant les poursuites pour six mois (tit. V de l'Ord. 1669 précitée). Quelquefois des mesures de plus grande portée étaient accordées (sursis de 3 ans par Lettres de surséance accordées en 1698 et 1714, cf. Jousse sous l'art. VI du tit. V précité).

(4) Ex. Cout Paris, art. 111, Bourbonnais, art. 68 ; cf. Bornier, Conférence, 1755, t. I, sous titre VI, Ord. 1669.

Les juges conservaient d'ailleurs le droit, par le jugement de condamnation, de « donner surséance à l'exécution de « la condamnation, qui ne pourra néanmoins estre, que de « trois mois au plus, sans qu'elle puisse estre renouvelée » (Ord. 1669, tit. VI, art. I).

De la même façon, ce n'est qu'incorporé au jugement de condamnation que le législateur napoléonien avait prévu l'octroi de délais (art. 122, C. proc.) : et il s'agissait si bien d'une question de fond que c'était le Code civil qui autorisait cette pratique : « les juges peuvent néanmoins, en « considération de la position du débiteur, et en usant de « ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais « modérés pour le payement, et surseoir l'exécution des « poursuites, toutes choses demeurant en état » (Art. 1244, texte de 1804).

Malgré ces textes formels, une pratique constante permit au juge des référés de suspendre des poursuites intentées en vertu d'un texte exécutoire. Une certaine doctrine distinguait toutefois entre les deux catégories de titres, pour n'accorder de délai que lorsque le titre étant autre qu'un jugement (1), ce qui n'empêchait pas les juges des référés d'ordonner des discontinuations de poursuites : en attendant que leur décision fût réformée par la Cour (2), le débiteur avait en fait joui d'un délai (3). Il se trouvait même des auteurs pour admettre la légalité de ce procédé (4); il a cependant toujours été condamné par la Cour Suprême : un arrêt de la Chambre des Requêtes du 9 juillet 1934, S. 34.1.374, déclare : d'une part, que l'art. 806, C. proc. « n'attribue compétence au juge du référé que lorsqu'il « s'agit de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un jugement, ce qui exclut tout droit

(1) Glasson et Tissier, t. III, n° 779, p. 118 ; cf. Concl. avocat général Godart sous Paris, 25 septembre 1884 précité.

(2) Cf. Paris précité. Besançon, 10 février 1892. D. 94.1.169.

(3) Cf. notes Labbé précitée et Hébraud au S. 1935.2.97.

(4) De Belleyme, I, 449 ; Bertin, II, 186 ; Larombière, Obligations, III, 143. La Cour de cassation avait admis, dans un cas particulier, que le juge pouvait accorder un délai au débiteur pour permettre à ce dernier non pas de se libérer, mais de « saisir le juge compétent de la question de savoir s'il était libéré » (Req. 3 juillet 1889. S. 90.1.465).

« de statuer sur une demande tendant à paralyser l'effet et
« à suspendre l'exécution d'une décision de justice, devenue
« définitive... que d'autre part, il n'appartenait pas au juge
« du référé d'accorder... un délai de grâce que, seul, le Tri-
« bunal qui avait connu de la contestation avait le pouvoir
« d'octroyer ».

Les Cours d'appel, en même temps qu'à la pratique des Présidents de référés, s'opposaient à l'octroi de délais en matière d'adjudication immobilière par les Chambres de criées en vertu de l'art. 1244 du Code civil, l'art. 703 du C. proc. étant seul applicable en ce cas (1).

C. *Législation récente* : Mais ces deux principes juridiques ont été abrogés par un texte formel : l'article 1244 du Code civil a été modifié à deux reprises (2).

Une addition, du 25 mars 1936 donne en cas d'urgence au juge des référés, en tout état de cause, la même « faculté » qu'au Tribunal. En matière de saisie-mobilière, ce texte n'apportait rien de nouveau à la pratique, tout au moins à Paris (3). Son application à la saisie-immobilière a été beau-

(1) Paris, 10 juillet 1920. D. 21.2.54 ; Montpellier, 28 novembre 1935. S. 36.2.188.

(2) Sur la législation exceptionnelle de la guerre et le contrôle judiciaire des suspensions de poursuites, cf. N. Japiot au S. 1916.2.41. Sur les mesures récentes, voir thèse Deveau. Paris, 1937 et Thouvignon, en préparation.

(3) Le commentaire de M. Anoyaut sous la loi du 25 mars 1936 dans la Revue générale des Lois, Décrets et Arrêtés 1936.1.133 s. approuve ce texte « d'être substitué à l'arbitraire des mesures qui étaient laissées à l'appréciation des Parquets, chargés par les circulaires d'autoriser ou non les voies d'exécution ». La non-exécution des décisions de justice pose, en effet, de très graves questions : elle laisse le bénéficiaire de la condamnation désarmé devant le refus des agents de l'autorité judiciaire : le Conseil d'Etat se déclare incompétent pour en connaître : C. E. 2 décembre 1931 ; Mergot R. 1055 ; C. E. 11 mai 1934, Soyer. S. 35.3.22. Cpr. pour un simple retard, 25 janvier 1935, Colas R. 110 ; et c'est en vain que l'on objecterait la jurisprudence Couitéas (30 novembre 1923. S. 23.3.59) car, dans ce dernier cas, si une indemnité a été accordée au porteur du titre exécutoire, c'est parce que le refus d'exécution provenait de l'Administration active et non des agents judiciaires d'exécution (cf. note au S. 1935.3.22). Quant à un arrêt du 24 juillet 1936, Syndicat de défense des grands vins de la Côte-d'Or (D. H. 1936, p. 495), il est intervenu dans une espèce trop particulière pour que la solution puisse en être généralisée. On ne peut songer davantage à tenter une prise à partie contre les fonctionnaires de l'ordre judiciaire qui seraient, sans doute, par la justification d'ordres hiérarchiques, couverts du grief de faute grave (Cf. Li-

coup plus discutée (dans le sens de l'affirmative, Paris 17 juin 1936, S. 37. 2. 67, 8 juillet 1936, DH. 36. 544. 8 novembre 1936, S. 37. 2.8. Agen 19 juin 1936. Gaz. Trib. 4. 5 septembre 1936. Contra. Montpellier 28 novembre 1935 S. 36. 2. 188. Nous n'entrons pas ici dans le détail des nuances de ces diverses décisions) (1). La question paraît avoir été tranchée dans le sens de l'affirmative, avant que la Cour de cassation ait été appelée à statuer, par l'art. 3 de la loi du 12 juillet 1937 et l'art. 2 du Décret-loi du 25 août 1937 relatif aux « délais aux débiteurs malheureux et de bonne foi », qui prévoient la remise de vente ou adjudication consentie en vertu de l'art. 1244 du Code civil.

La modification apportée par la loi du 20 août 1936 au § 2 de l'art. 1244, achève d'altérer le caractère du délai de grâce : le juge ne doit plus considérer exclusivement la situation du débiteur en usant « avec une grande réserve » du pouvoir d'accorder des délais « modérés » ; il doit tenir compte aussi de la « situation économique » (2) accorder des délais « qui emprunteront leur mesure aux circonstances sans toutefois dépasser un an ». Cette dernière disposition a d'ailleurs l'effet imprévu d'apporter une limita-

moges, 30 avril 1937. S. 1937.2.147). Les décisions précédentes étaient rendues en matière d'expulsion de locataires défaillants. Le problème est le même pour l'inexécution des décisions ordonnant l'évacuation des entreprises illégalement occupées par les grévistes en 1936 (cf. *supra*, chap. I, 46, voir sur cette question la proposition de loi Lemery signalée par Rousseau, *op. cit.*, p. 207). Il y avait là un mauvais fonctionnement du service judiciaire de nature à engager la responsabilité de l'Etat (en ce sens : Jèze, Responsabilité de l'Administration pour réparation des dommages causés par le refus de l'Administration de prêter le concours de la force publique pour faire cesser les occupations d'usines. Rev. de droit public, 1936.498. Cpr. Morillot, Coroze et Morand, Les occupations d'usines et leurs conséquences juridiques, 1936, p. 37 et 38). Pour en revenir aux saisies, il n'y a aucune raison pour que les sentences du juge des référés statuant en vertu des nouveaux textes, mais ordonnant en fait la continuation des poursuites, soient davantage exécutées.

(1) Cf. thèse Thouvignon, en préparation.

(2) Comme exemple de décision s'inspirant des circonstances économiques, on peut citer une ordonnance de référé du tribunal civil de Florac du 14 septembre 1936 : «... que la créance du sieur X étant garantie par « les mesures déjà prises et dont l'efficacité demeure, il importe de per- « mettre au sieur Y d'attendre le retour à la meilleure fortune ; que, sans « doute, la revalorisation des produits agricoles en voie de réalisation « procurera à Y ressources suffisantes pour s'acquitter de sa dette ».

tion aux anciens pouvoirs de fait du juge de l'exécution, qui étaient discrétionnaires.

Nous avons quelque peu insisté sur ces lois, parce qu'elles portent atteinte expressément à un texte du Code civil. Elles ne sont qu'une partie d'un foisonnement de textes se rapportant surtout aux commerçants et locataires, auquel on n'ose espérer que les décrets du 25 août 1937 apportent une fin, et dont le caractère d'ensemble est d'être destiné à réglementer l'inexécution des contrats. On a tout dit sur un tel monument législatif (cf. par exemple, Capitant. Le régime de la violation des contrats. *Chronique DH.* 1934. 1.).

Les lois du 25 mars, 20 et 21 août 1936 n'échappent pas aux critiques. On peut, ou non, voir dans une telle législation l'expression d'une politique (1) (*Chronique Ripert. Le droit de ne pas payer ses dettes. DH.* 1936. 57). Ce qui importe à notre propos est de considérer que, du seul point de vue technique, on peut regretter la tendance qui s'y manifeste à modifier le droit indirectement, en faisant porter l'effort sur le droit de l'exécution. Il en résulte que le contentieux de celle-ci se trouve, sans doute, considérablement élargi, mais dans une seule direction : voulant soulager les victimes de la crise en faisant peser sur leurs créanciers leurs revers de fortune, le législateur a employé le procédé le plus simple, consistant à permettre l'octroi de délais : ainsi le but était atteint sans qu'il ait paru qu'on modifiât le fond du droit. Mais le juge de l'exécution était ainsi détourné de ses fonctions normales.

Il ne faudrait d'ailleurs pas croire que l'emploi de ce procédé soit le monopole des régimes à forme démocratique : les gouvernements les plus variés sont amenés à l'utiliser. C'est ainsi que la législation allemande contemporaine connaît l'octroi de délais ; mais les suspensions de poursuite y sont orientées beaucoup plus vers la protection

(1) « Le peuple, chez les Romains, augmentant tous les jours sa puissance, les magistrats cherchèrent à le flatter, et à lui faire faire les lois qui lui étaient les plus agréables. Il retrancha les capitaux, il diminua les intérêts... enfin, l'abolition des dettes fut mise en question toutes les fois qu'un tribun voulut se rendre populaire » (*Esprit des Lois*, XXII, XXI).

de l'exploitation rurale que vers celle de l'activité commerciale : telle est la tendance des Décrets-lois (Verordnung) du 14 février 1933 et 26 mai 1933, le premier nommé relatif à la protection de l'agriculture, le second également consacré, en fait, exclusivement aux immeubles : dans ces systèmes un délai est accordé par le juge au débiteur de bonne foi victime des circonstances économiques. Dès 1931, d'ailleurs des mesures analogues avaient été inspirées par l'idée de nécessité (notrecht). Mais il y a plus : une loi du 26 janvier 1937, refonte d'une loi du 15 mars 1918, soumet, non plus au contrôle judiciaire, mais à une autorisation administrative préalable, la vente forcée des immeubles ruraux. Nous arrivons ici à l'extrême limite de la technique, le but du législateur n'étant plus du tout une organisation adéquate de la procédure d'exécution. Et ceci nous amène à conclure.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE ET CONCLUSION GÉNÉRALE

Nous venons d'examiner dans cette dernière partie l'intervention du juge une fois qu'existe entre les parties un titre définitivement exécutoire. Nous y avons vu l'autorité judiciaire dans l'exercice de deux fonctions primordiales : gardienne de la bonne foi, dans les constructions Anglo-Saxonnes issues de la juridiction ecclésiastique du Chancelier, surveillante de l'emploi de la contrainte, dans le contrôle de l'exécution forcée proprement dite. Ces deux rôles apparaissent immédiatement comme complémentaires, c'est-à-dire qu'ils satisfont à deux tendances opposées : le premier vise à donner la plus grande satisfaction possible au créancier, le second à accueillir les récriminations du débiteur : alors que celui-là ne vise qu'à obtenir plus strictement l'exécution des obligations, lorsque cela est possible et juste, celui-ci ne tend bien souvent qu'au relâchement, momentané ou définitif, total ou partiel, de la « responsabilité » (haftung, liability). Et cette satisfaction accordée au débiteur se fera le plus souvent par voie de décision sur l'opportunité de l'exécution, genre de décision judiciaire dont les caractères ont été dégagés au cours de la première partie de cette thèse. On ne peut manquer d'être frappé du fait qu'en Droit français c'est la seconde tendance qui prévaut dans la législation, spécialement au cours de ces dernières années. Dans le compromis à établir entre la liberté des citoyens et le respect de la parole donnée, le Droit français moderne a craint davantage de froisser la première.

Et cette tendance est tellement empreinte dans les esprits

les plus critiques que les réformes même, proposées pour améliorer notre procédure et notre droit des exécutions, restent marquées de ce caractère libéral. Nous entendons bien que, parallèlement au mouvement qui tend à donner au juge la direction du procès, il existe une tendance à lui confier également la mise en œuvre des voies d'exécution. Mais ces projets n'ajoutent rien aux armes que possède la justice contre le débiteur de mauvaise foi. Ainsi la proposition de loi Monis (1) procède uniquement du désir de supprimer la disproportion existant entre les frais des petites ventes immobilières et leur produit (2) et de réformer ce qu'il y a de choquant dans le caractère impersonnel et discrétionnaire de la décision exécutoire aux mains du créancier « sorte de lettre de course qui lui permet d'agir en corsaire sur les biens du débiteur... » (3). Le système de la proposition consiste avant tout dans une comparution personnelle des parties, sorte de tentative de conciliation au cours de laquelle le débiteur sans disponibilité mais désireux de s'acquitter pourra céder ses créances, donner en paiement ses meubles, etc... évitant ainsi la saisie. Des délais pourront lui être accordés ; mais la seule sanction réprimant la dissimulation du patrimoine est d'être déchu de ces délais.

La même tendance inspire le système de la loi du 12 juillet 1937 créant une procédure de comparution des créanciers et du débiteur, producteur agricole, devant le Président du Tribunal Civil, même au cours des mesures d'exécution, pour y tenter un « arrangement », qui se traduit en fait uniquement par l'octroi de délais. Une procédure analogue,

(1) J. O. Sénat. Doc. Parl., 1905, annexe 36, p. 30.

(2) Cette méthode législative était critiquée à l'avance par Bordeaux (Philosophie de la procédure civile. Evreux, 1857), faisant valoir fort justement que si des améliorations sont possibles, elles doivent être générales : « pourquoi ne pas donner à toutes les affaires les avantages réclamés pour la petite propriété ? Pourquoi la grande propriété serait-elle frappée d'une sorte d'impôt progressif et paierait-elle les honneurs de solennités inutiles ? » (p. 572, n. 1).

(3) L'intitulé de la proposition est le suivant : « proposition de loi « organisant l'exécution volontaire des jugements rendus par les juges « de paix et des contrats dans lesquels les parties auront stipulé le mode « d'exécution amiable ».

mais beaucoup plus minutieusement réglementée, et à quelques égards comparable à celle de la faillite ou de la liquidation judiciaire, est établie au profit des commerçants et artisans, sous le nom de règlement amiable homologué, par un Décret du 25 août 1937.

Peut-on penser que ce caractère unilatéral du contrôle judiciaire croissant de la procédure d'exécution soit destiné à s'atténuer par l'introduction, dans notre droit, de procédures de contrainte et de sûreté comparables à celles des législations Anglo-Saxonnes ou Allemande, introduction qui ne serait parfois qu'un retour à des institutions de notre ancien droit ? La tendance législative actuelle ne nous paraît aucunement y porter, qui, bien loin de chercher à individualiser les procédures d'exécution, semble plutôt vouloir les régler collectivement ; en effet, l'intervention du juge n'est pas forcément la garantie d'un souci d' « equity » au sens britannique de recherche des possibilités individuelles (*Equity acts on the conscience, Equity acts in personam*) mais de l'équité entendue comme prise en considération de circonstances objectives telles que la crise économique. L'institution du juge unique, en ce cas, loin d'être un perfectionnement technique comme l'est celle du « juge chargé de suivre la procédure » du Décret du 30 octobre 1935 (1), peut n'être qu'un instrument d'application de critères objectifs de décision, qui seront parfois suggérés au magistrat par les circulaires de la Chancellerie. C'est ce qui s'est passé souvent en matière de baux à loyer (2).

La comparaison elle-même des parties devant le juge de l'exécution, qui paraît être l'apport le plus intéressant des réglementations nouvelles, n'est-elle pas l'effet de la même illusion qui a introduit dans notre procédure le préliminaire de conciliation ? N'aboutit-elle pas, elle aussi, à la limitation, sans contre-partie, des droits du créancier ?

(1) Il est à remarquer que les rédacteurs de ce décret se sont défendus d'y affirmer la prééminence du juge : « Sans *aucunement* diriger la marche « du procès » dit le rapport, « ce magistrat aura la possibilité d'en contrôler le développement. »

(2) Sur les circulaires de la chancellerie en matière de délais, voir Rousseau, *op. cit.*, p. 149.

La troisième République a jalousement conservé le legs de l'Empire libéral et a repoussé l'occasion d'appliquer, sur une portion de son territoire, l'incarcération, à l'allemande, du débiteur ; et la note que nous avons mentionnée de M. Chéron, au Dalloz (1), comparant le « serment de manifestation » à la pratique qui consiste à interroger comme témoin un individu soupçonné, déclare que « sa disparition ne saurait être regrettée ». Plus modéré Mr. Ripert (2) a seulement montré les inconvénients de l'érection en délit pénal de l'inaccomplissement de certaines obligations civiles, et il déplore au contraire que « la loi « pénale refuse de voir un délit dans le mépris du jugement ». Il nous paraît donc que ses justes critiques manqueraient en fait, si le soin de la répression était remis au juge de l'exécution, chargé uniquement de faire respecter les décisions de justice.

Ce n'est qu'à la condition qu'on accorde de tels pouvoirs au juge que Mr. Lepaulle, dans son livre sur « La Justice » déclare que « l'exécution des jugements, si elle n'est pas volontaire, doit être judiciaire » (p. 108). Cette conception a été précisée dans un projet de loi établi en juillet 1937 par la commission privée de réforme législative dont il est l'animateur et le rapporteur : la procédure d'exécution y présente, sur la demande d'une des parties, le caractère d'une instance, et la décision du juge donnera ouverture à contrainte par corps. Voici d'ailleurs ce texte :

ARTICLE 1^{er}. — Tant en matière mobilière qu'immobilière, tout créancier ou tout débiteur d'une obligation de donner en vertu d'un titre exécutoire peut, dans la huitaine qui suit l'expiration du délai imparti par un commandement resté partiellement ou totalement infructueux, citer le défendeur devant le président du tribunal civil à l'effet de mettre en œuvre la procédure instituée par la présente loi.

Le président du tribunal civil compétent est celui du domicile du débiteur ou de son dernier domicile en France, ou, s'il n'en a pas, celui du domicile du créancier.

(1) 1923.2.89.

(2) La règle morale dans les obligations civiles, 3^e éd., n° 177.

ARTICLE 2. — Le débiteur comparaitra en personne et pourra se faire assister d'un avocat ou d'un avoué. Il devra indiquer s'il peut se libérer, dans quelles conditions il peut le faire et éventuellement les sûretés qu'il peut fournir. Il devra en outre, sous la foi du serment, donner toutes explications demandées par le juge et par le créancier tant sur la situation active et passive de son patrimoine que sur les raisons qui ont amené son refus de paiement.

Les parties pourront citer des témoins. Le juge aura le droit de faire procéder d'office à toutes les vérifications qu'il estimerait nécessaires. L'affaire sera jugée à huis clos.

ARTICLE 3. — En cas d'incapacité physique du débiteur de comparaître en personne, dûment établie par certificat médical, le juge se rendra auprès de lui à l'effet de recueillir ses déclarations.

Si le débiteur est frappé d'une incapacité juridique d'exercice, son représentant légal ne sera tenu d'affirmer que ce qu'il croira de bonne foi être l'expression de la vérité.

ARTICLE 4. — Le juge fixera les conditions dans lesquelles l'obligation du débiteur doit être exécutée, ou s'il l'estime actuellement inexécutable, la date à laquelle les parties devront à nouveau se présenter devant lui. Il ne pourra en aucune manière modifier les obligations résultant du titre exécutoire, ni réduire le montant des intérêts moratoires.

Les prescriptions et les délais fixés par la loi pour la validité des procédures d'exécution ainsi que tous les effets des dites procédures seront suspendus jusqu'à l'expiration des délais accordés par le juge.

ARTICLE 5. — Les facilités de paiement ne devront être accordées que dans la mesure où elles seront imposées par l'impossibilité matérielle où se trouve le débiteur de se libérer autrement ou dans le cas où elles paraîtront au juge nécessaires pour éviter au débiteur un préjudice hors de proportions avec l'intérêt du créancier.

ARTICLE 6. — L'ordonnance sera exécutoire par provision et ne sera susceptible d'appel que lorsque les délais accordés ne dépasseront pas une année.

Les parties pourront, tant que l'ordonnance ne sera pas intégralement exécutée et six mois au moins après la date de l'ordonnance, introduire une demande en révision basée sur des faits nouveaux.

La condamnation sera assortie de la contrainte par corps qui aura lieu à la requête du créancier non payé.

ARTICLE 7. — Le débiteur ou, en cas d'incapacité son représentant légal qui, sous la foi du serment, aura sciemment fait des affirmations inexactes, des dissimulations ou des réticences, celui qui, sans excuse valable, ne se sera pas présenté devant le juge à la date fixée conformément aux articles 2 et 4 ou aura introduit sans motif sérieux une demande en révision, sera puni d'une amende de 100 à 300 francs.

Toutefois, les représentants légaux ne seront tenus d'affirmer sous serment que ce qu'ils croiront de bonne foi être l'expression de la vérité.

ARTICLE 8. — Les lois des 25 mars et 20 août 1936 sont abrogées.

L'article 1244 du Code civil est rétabli dans son texte antérieur aux dites lois. La loi du 21 août 1936 est abrogée.

La présente loi n'est pas applicable aux jugements rendus en matière de billets à ordre et de lettres de change.

En outre, les délais qui, aux termes de la loi du 27 juin 1935, article 1^{er}, pouvaient être renouvelés aux débiteurs du prix de vente d'un fonds de commerce, devront dorénavant être demandés conformément à la procédure visée ci-dessus.

ARTICLE 9. — La présente loi n'est pas applicable aux sociétés par actions et à responsabilité limitée.

Elle ne pourra en aucun cas mettre en échec les lois établies en matière de faillite et de liquidation judiciaire.

Pour achever de mettre en lumière les intentions des auteurs de ce projet, notamment le double jeu de la contrainte par corps qu'ils ont entendu établir, il faudrait citer de multiples passages du rapport de M. Lepaulle. Nous préférons le publier intégralement en annexe à cet essai.

Quel accueil sera fait à une tentative de ce genre ?

Nous avons vu à quelle double tendance se heurtent de tels projets : tendance traditionnelle à l'inertie du juge (1) (« rechtsaussprechungsautomat », a-t-on pu dire en Allemagne du juge français (2)), tendance plus récente à l'indulgence envers le créancier. Que ces deux tendances soient inégalement respectables, sans doute. Il ne faudrait pas les croire cependant dénuées de toute valeur juridique : n'aperçoit-on

(1) Cf. *supra*, Introduction, p. 14.

(2) Cf. Tissier. Le centenaire du Code de Procédure. *Rev. Trim.*, 1906, p. 625.

pas l'harmonie tout au moins de la première avec une théorie purement patrimoniale du rapport d'obligation ? (Nous ne verrions, d'ailleurs, aucune objection à répudier ce dernier concept).

Mais, en définitive, une fois faite la part de la « politique », peut-on être sûr de l'infailibilité « technique » d'une procédure, nouvelle en pays latin ? Il s'agit finalement d'obtenir une prestation par la contrainte : or c'est là, économiquement, la voie la plus mauvaise. Nous entendons bien qu'ici il n'y en a pas d'autre. Mais peut-on espérer en retirer une satisfaction complète, adaptée aux légitimes intérêts des uns et des autres ? Ce serait une illusion de le croire. Quelle que soit la mainmise de la justice sur les agissements du débiteur, avant, pendant et après l'instance aboutissant à une condamnation civile, n'est-il pas conforme à la nature des choses que celui-ci conserve le bénéfice de sa position défensive, et que, à elle seule, la force d'inertie lui apporte un appui parfois décisif ? Et c'est sans doute cette constatation de l'infirmité finale de notre technique qu'entendait faire Gaius lorsque, traitant de la *restitutio in integrum*, il concluait (IV, 57) qu'« il est en effet plus facile au magistrat « de venir en aide aux défenseurs qu'aux demandeurs » : *facilius enim prætor reis succurrit quam actoribus*.

Vu : le Doyen,
E. ALLIX.

Vu : Le Président de la thèse,
H. SOLUS.

Vu et permis d'imprimer :
le Recteur de l'Académie de Paris,
G. ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX DE DROIT FRANÇAIS

- BRISAUD. — Manuel d'histoire du droit français. Nouv. édit., 1935.
- GARSONNET et CÉZAR-BRU. — Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, en justice de paix et devant les Conseils de Prud'hommes. 3^e édit., 9 vol., 1912-1925, 2 vol. suppl., 1931 et 1933.
- GLASSON, MOREL et TISSIER. — Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile. 3^e éd., 4 vol., 1925-1932, 1 vol. supplément 1936.
- JOUSSE. — Nouveau commentaire sur l'Ordonnance civile du mois d'avril 1667. Paris, éd. 1757, 2 vol.
- MOREL. — Traité élémentaire de procédure civile, 1932.
- PIGEAU. — La procédure civile du Châtelet de Paris. Ed. 1787, 2 vol.
- POTHIER. — Traité de la procédure civile. Ed. Bugnet, tome X. Paris, 1861.

OUVRAGES SPÉCIAUX ET ÉTRANGERS

- AMOUROUX-MÉNARD. — Voies d'exécution en droit anglais. Paris, 1930.
- BERTIN. — Ordonnances sur requêtes et ordonnances de référé, 2 vol., éd. 1875.
- CARNELUTTI. — Lezioni di diritto processuale. Padova, 1929-1931.
- CASSIN. — Cours de droit civil approfondi, 1934-1935. L'inexécution des contrats.
- CHÉRON et MUHLEISEN. — Précis de procédure locale. Paris, 1930.
- DE BELLEYME. — Ordonnances sur requêtes et référés, 3^e éd., 2 vol., 1855.
- ESMEIN (A.). — L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes. Revue trimestrielle de droit civil, 1903.

- JÈZE. — Les principes généraux du droit administratif. Troisième édition. I. La technique juridique du droit public français, 1925.
- JOUSSE. — Nouveau commentaire sur les Ordonnances des mois d'août 1669 et mars 1673. Paris, éd. 1761.
- LEPAULLE. — La Justice, 1934.
- LÉVY-ULLMANN. — Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques. II. Le système juridique de l'Angleterre. T. I. Le système traditionnel, 1928.
- MARTINEAU et DELFAUSSE. — Code de procédure civile de la province de Québec. Montréal, 1899.
- Mémoires manuscrits sur l'état de la justice* (1665 environ). Bib. Nat. Mss. Mélanges Colbert 33, Clairambault 613.
- OSWALD. — Contempt of Court, committal, attachment and arrest upon civil process, 3^d ed. London, 1910.
- PONELLE. — Le référé en cours d'instance. Thèse Paris, 1934.
- Procès-verbal des conférences* tenues par ordre du Roi pour l'examen des articles de l'Ordonnance civile du mois d'avril 1667. Nouv. édit. Paris, 1757.
- Progetto di Codice di procedura civile*. Roma, 1926.
- RIPERT. — Le régime démocratique et le droit civil moderne, 1936.
- ROPERS. — De la saisie-arêt et du référé en la matière, 1936.
- ROUSSEAU. — De l'expulsion du locataire par voie de référé. Thèse Paris, 1937.
- WEBER. — Etude critique et comparaison de l'exécution forcée en droit français et en droit allemand. Thèse Paris, 1899.
-

ANNEXE

Rapport sur le projet Lepaulle.

(Juillet 1937).

La justice est doublement inefficace, d'une part parce qu'elle permet au débiteur malhonnête condamné par elle de mettre impunément son patrimoine et sa personne à l'abri de toute poursuite, d'autre part parce qu'elle permet de gaspiller par des procédures de saisies aveugles le patrimoine des débiteurs honnêtes.

Elle tend ainsi à ruiner le crédit, c'est-à-dire le commerce. Elle menace la vie même du pays. Il faut donc restaurer l'autorité de la justice en assurant le respect de ses décisions.

On serait peut-être tenté de faire l'objection suivante : « L'instabilité du temps présent pousse le législateur et le juge dans une direction inverse. On ne peut pas s'en tenir à une attitude étroitement juridique en exigeant la stricte exécution des contrats lorsque les conditions économiques se sont profondément modifiées entre le jour où le marché a été conclu et celui où le paiement doit être effectué. C'est ainsi que la baisse de la valeur des fonds de commerce, la hausse des salaires, la dévaluation, introduisent des éléments perturbateurs dans la théorie si nette du respect de la parole donnée. »

Nos préoccupations sont certes les mêmes que celles du législateur : il faut regarder en face cette triste mais impérieuse nécessité, l'instabilité économique. Mais pourquoi intervient-elle dans le problème de l'administration de la justice ? Pour une seule raison : parce qu'elle peut mettre le débiteur devant une inévitable impossibilité de payer à l'échéance.

Car il est bien certain que si le débiteur qui a les moyens de payer peut impunément refuser de le faire, c'est là une candaleuse carence de la justice qu'aucune circonstance économique ne peut excuser.

Refuser d'exécuter un ordre donné par un agent de police constitue un acte de rébellion qui vous entraîne en prison. Si un défendeur condamné met son patrimoine à l'abri et méprise l'autorité judiciaire, les conséquences pour lui devraient être encore plus graves, car la décision du juge présente plus de garanties que celle du sergent de ville.

Pourquoi n'en est-il pas ainsi ? Parce que l'administration de la justice a été jusqu'ici incapable de distinguer celui qui ne *peut* pas payer de celui qui ne *veut* pas le faire.

Tout le problème est donc de faire cette discrimination *d'une manière efficace*.

Or, j'estime que la procédure actuelle de l'article 1244 ne donne aucune garantie à cet égard.

Je rappelle pour mémoire le texte de l'article 1244 et des lois des 26 mars et 20 août 1936 :

ART. 1244. — « Le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même indivisible.

« Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour les paiements et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état. »

Loi du 25 mars 1936. — « ART. 1^{er}. — L'article 1244 du Code civil est complété ainsi qu'il suit :

« En cas d'urgence, la même faculté appartient, en tout état de cause, au juge des référés.

« S'il est sursis à l'exécution des poursuites, les délais fixés par le Code de procédure civile pour la validité des procédures d'exécution seront suspendus jusqu'à l'expiration du délai accordé par le juge.

« ART. 2. — Par dérogation aux dispositions de l'article 37 du décret-loi du 28 février 1852 le juge des référés, dans les conditions prévues par l'article 1244 du Code civil, pourra à titre exceptionnel suspendre, pour le débiteur malheureux et de bonne foi, qui n'aura pas bénéficié d'un délai amiable au moins égal à un an, toute mesure d'exécution et accorder toute remise d'adjudication pour un délai qui n'excèdera pas une année à dater de la promulgation de la présente loi.

« ART. 3. — La présente loi est applicable à l'Algérie et aux colonies françaises. »

Loi du 20 août 1936. — « L'article 1244 du Code civil, § 2, est ainsi modifié :

« Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du

« débiteur et compte tenu de la situation économique, accorder pour le
« paiement des délais qui emprunteront leur mesure aux circonstances
« sans toutefois dépasser un an, et surseoir à l'exécution des pour-
« suites, toutes choses demeurant en l'état.

« La présente loi est applicable aux départements du Haut-Rhin,
« du Bas-Rhin et de la Moselle. »

Ces textes sont insuffisants pour les raisons suivantes :

I. — Le juge des référés doit aller trop vite, il lui est impossible d'entendre les parties et les témoins ainsi que d'examiner sérieusement et dans son ensemble la situation pécuniaire du débiteur.

En outre, la procédure du référé est publique, ce qui peut porter préjudice au débiteur ainsi obligé à révéler à tous quels sont les éléments de son patrimoine.

II. — Les pouvoirs des juges sont trop étroits :

a) ils ne peuvent procéder de leur chef à aucune enquête ;

b) on leur recommande une « grande réserve ». Or, c'est incompréhensible : ils doivent voir la réalité en face et être sûrs que leur jugement est exécutable : c'est une question de fait et la réserve n'a rien à y voir ;

c) les délais n'ont pas à être *a priori* « modérés », ils doivent être en harmonie avec les prévisions concrètes. S'il est certain que le débiteur ne peut s'acquitter d'une lourde condamnation que dans un long délai, il est absurde de restreindre le juge à un délai « modéré » ;

d) les juges ne doivent pas tenir compte de la « situation économique » car une seule chose est intéressante : savoir si le débiteur peut payer ;

e) enfin, les délais ne doivent pas « emprunter leur mesure aux circonstances » mais être fixés en considération de la situation du débiteur.

III. — La question est mal posée : autoriser le juge à surseoir à l'exécution de toute poursuite, c'est confondre deux choses distinctes : d'une part, il y a la question de savoir quand une dette judiciaire est échue (et c'est l'objet du présent rapport), d'autre part, il y a celle de savoir quels moyens d'exécution a le créancier contre le débiteur qui ne respecte pas les échéances.

Il est donc évident que si les échéances sont déterminées *in concreto* d'une façon équitable, le débiteur n'a plus d'excuse et les mesures de coercition, loin d'être adoucies, doivent être au contraire renforcées.

La commission a donc établi le projet ci-joint. Ce texte appelle les commentaires suivants :

ARTICLE 1. — a) Puisque la procédure est faite à la fois en faveur du débiteur et du créancier, il est normal qu'elle puisse être intentée soit par l'un soit par l'autre.

b) Nous envisageons tous les titres exécutoires, qu'ils proviennent d'un acte notarié, d'une décision judiciaire, d'un arrêté administratif, d'une décision arbitrale pourvue d'exequatur. S'il s'agit d'un jugement, nous traitons sur le même pied le jugement exécutoire par provision nonobstant appel et le jugement définitif. En effet, le principe fondamental doit être que, si un titre est exécutoire, il doit être exécuté. Le respect du crédit et de la parole donnée est à ce prix.

c) Les obligations de faire ou de ne pas faire sont exclues du cadre du projet, parce que dans ce cas le tribunal a évidemment considéré les possibilités du débiteur de s'exécuter. Or, l'équilibre essentiel de notre projet est précisément d'arriver à faire la discrimination entre le débiteur qui peut payer et celui qui ne peut pas payer, discrimination que les juges du fond n'ont pas eue à faire lorsqu'ils ont déterminé le montant de la condamnation.

En outre, si une obligation de faire n'est pas exécutée, elle peut se transformer en dommages-intérêts, donner lieu à des astreintes, ou permettre aux créanciers de faire exécuter l'obligation par un tiers aux frais du débiteur. De toutes manières l'obligation devient alors une obligation de donner, elle retombe alors dans le cadre du projet.

d) C'est le président du tribunal qui est compétent. Il est normal, en effet, que ces questions venant d'habitude en référé soient, dans le cadre de cette loi, soumises à la même juridiction. Cette procédure ayant, semble-t-il, des chances de devenir fréquente, il faut tenir compte de la difficulté qu'il y aurait à trouver le personnel suffisant si ces affaires devaient être jugées par le tribunal complet.

La question de compétence *ratione personae* a dû être tranchée car notre procédure n'est ni une procédure touchant le fond, ni une procédure de référé.

ARTICLE 2. — La comparution en personne est essentielle tant pour placer le débiteur devant ses responsabilités pour faux serment que pour obtenir directement de l'intéressé tous les éléments susceptibles de peser dans la décision du magistrat.

Puisque le débiteur a, par hypothèse, omis d'exécuter son obligation, il est normal et juste qu'il ait des explications à fournir. Il doit dire la vérité, et il n'y a aucune raison de ne pas l'obliger à fournir, sous la foi du serment, toutes ses explications. Ses explications doivent porter non seulement sur la situation actuelle de son patrimoine mais sur les raisons qui ont pu amener sa présente insolvabilité. Car,

malheureusement, des débiteurs trop nombreux sont réellement insolvables à l'heure actuelle, et on ne peut les atteindre qu'en recherchant les opérations par lesquelles ils ont, souvent volontairement, provoqué cette insolvabilité.

Nous avons précisé que des explications pourraient être demandées à l'audience non seulement par le juge, mais par le créancier qui, étant donné son intérêt personnel et les renseignements qu'il peut avoir obtenus, est en mesure de poser les questions les plus susceptibles d'amener à la découverte de la vérité.

L'affaire sera jugée à huis clos pour ne pas porter un préjudice inutile au débiteur.

ARTICLE 3. — Cet article précise ce que cette procédure a de rigoureux en ce qui concerne la nécessité pour le magistrat d'entendre le débiteur en personne.

ARTICLE 4. — Si le magistrat constate que l'obligation est actuellement inexécutable et que le débiteur ne peut rien faire, il est inadmissible que l'affaire en reste là, et le débiteur doit être suivi dans les diverses vicissitudes de sa fortune tant qu'il ne s'est pas acquitté.

Ce n'est pas une raison parce qu'un débiteur sera resté insolvable pendant deux ou trois ans pour qu'il puisse disparaître de la circulation et échapper au paiement de ses justes dettes.

Comme cette procédure a pour objet, entre autres choses, d'éviter la dilapidation du patrimoine des débiteurs par des saisies intempestives, il est naturel que tous les effets des procédures d'exécution soient suspendus jusqu'à l'expiration des délais accordés.

ARTICLE 5. — Il est essentiel de donner des directives au juge, et de ne pas faire comme les lois récentes qui s'en réfèrent d'une façon vague aux circonstances économiques. En effet, aucune circonstance ne légitime le mépris de la parole donnée : le crédit est à la base de toute situation économique quelle qu'elle soit ; ce ne sont donc pas des considérations d'ordre général qui peuvent s'imposer aux magistrats ; c'est uniquement la situation du débiteur et celle du créancier qui doivent être prises en considération.

ARTICLE 6. — Comme la solution adoptée par le juge est basée sur les possibilités de paiement du débiteur et que ces possibilités peuvent éventuellement se modifier, il est nécessaire d'autoriser les parties à se présenter en invoquant des faits nouveaux devant le magistrat, mais en imposant une sanction très sévère à celui qui n'aura utilisé cette possibilité que pour paralyser le cours de la justice.

Il a été précisé à la fin de l'article que la condamnation serait assortie de la contrainte par corps et qu'elle aurait lieu à la requête du créancier et non pas du procureur. Il ne faut pas, en effet, que cette contrainte par corps soit la conséquence d'une amende qui, devant faire l'objet d'une condamnation par un tribunal correctionnel, entraînerait de longs délais. Dans l'état actuel du texte, il pourra y avoir deux contraintes par corps différentes: l'une résultant automatiquement de la non exécution de la première ordonnance et qui sera à la disposition du créancier, l'autre qui résultera de délits créés par l'article 7 et dont l'initiative appartiendra au Parquet.

Il ne s'agit nullement de rétablir la prison pour dette qui était scandaleuse puisqu'elle punissait le débiteur pauvre sincèrement incapable de se libérer. Il s'agit de punir l'acte de rébellion de celui qui méprise les pouvoirs constitués du pays (aussi bien les pouvoirs judiciaire et exécutif que le pouvoir législatif) sans aucune raison valable. La base de la condamnation est ici radicalement différente.

ARTICLE 8. — I. La loi du 25 mars 1936 qui a complété l'article 1244 doit être abrogée : elle fait nettement double emploi avec notre projet, et c'est précisément à cause des défauts de cette procédure que notre projet est établi.

II. La loi du 20 août 1936, qui a modifié l'article 1244, doit être abrogée car cette modification est extrêmement malencontreuse. Comme je l'ai exposé plus haut, il est inadmissible que le juge s'inspire, pour accorder des délais, « de la situation économique » et qu'il puisse accorder des délais qui n'auront pas de raison plus précise que « d'emprunter leur mesure aux circonstances ».

III. Par contre, l'article 1244 ancien doit être maintenu. Certes, il fait, dans une certaine mesure, double emploi avec notre projet, mais il peut paraître injuste d'obliger dans tous les cas le débiteur à intenter une procédure distincte de la procédure principale et postérieure au jugement pour demander des délais que les juges du fond peuvent parfois accorder dans des conditions présentant suffisamment de garanties. Comme les juges du fond devront agir conformément à l'article 1244 avec la plus grande réserve et qu'ils sauront en cas de doute que notre nouvelle loi permet une investigation complète de la situation, ils n'utiliseront en fait l'article 1244 que lorsque la situation sera parfaitement claire. Il semble donc préférable de ne pas essayer de restreindre le pouvoir des juges du fond par une loi que nous voulons strictement restreindre au domaine de l'exécution du jugement préalablement rendu.

IV. La loi du 21 août 1936 votée hâtivement sous la pression des circonstances est une loi essentiellement transitoire, qui, à la suite de prorogations successives, doit, en principe, cesser ses effets le 30 novembre 1937 (loi du 30 juin 1937). Nous savons pourtant que le provisoire peut durer longtemps, et que la loi du 21 août risque d'être encore prorogée, aussi devons-nous nous en préoccuper. C'est une loi mal faite, mal rédigée, dont les conséquences peuvent être graves. Les créanciers des créanciers dont les débiteurs sont privilégiés se trouvent dépourvus de recours. Pourquoi, oui pourquoi s'arrêter là ? D'autre part, la charge de la preuve est renversée, le débiteur privilégié n'a rien à prouver, rien à payer. C'est au créancier à prouver en référé que son débiteur est de mauvaise foi, preuve bien difficile, sinon impossible, surtout en référé !

Et puis, qui ne voit que cette accumulation de lois (souvent incohérentes) accordant des délais et supprimant ou restreignant les possibilités qu'avait le créancier de se faire payer, va à l'encontre des intérêts mêmes de l'ensemble des citoyens. Le crédit est mort, non plus tué par les mauvais payeurs, mais par la législation.

Cette loi doit donc, elle aussi, être abrogée.

V. Cette procédure ne doit pas s'appliquer aux effets de commerce ; les articles 182, 147 et 157 du décret du 30 octobre 1935 sur les effets de commerce doivent rester en vigueur. En effet, quand un commerçant ne peut plus payer ses traites, il doit demander la liquidation judiciaire (dont notre commission étudiera postérieurement la réforme).

En outre, il s'agit d'un texte uniforme dans plusieurs pays, il ne faut donc pas le modifier sans raison sérieuse.

Enfin, des décisions récentes (Lyon, 27 août 1936, *G. P.* 36.2.586 ; Trib. Civ. Carpentras, 21 octobre 1936 ; Trib. Commerce Seine, 24 septembre 1936, *G. P.* 27 novembre 1936) ont estimé — avec raison, croyons-nous — que le champ d'application des lois du 25 mars et du 20 août 1936 était celui de l'ancien article 1244 du Code civil qui ne comprenait pas les effets de commerce.

VI. La loi du 29 juin 1935 a un champ d'application nettement limité : la vente des fonds de commerce ; mais, outre la révision des prix permise dans certains cas, et les dispositions pour les ventes futures, il autorise le juge à donner des délais. Ces délais ne s'appliquent évidemment qu'aux ventes de fonds antérieures au 1^{er} juillet 1933 et toutes les demandes sont déjà introduites. Cependant, le débiteur peut toujours revenir devant le président qui lui a accordé des délais

pour lui en demander d'autres. Il paraît donc nécessaire de supprimer de la loi à l'article 1^{er} l'expression (délais) « qui pourront être renouvelés ».

Il paraît en effet préférable de n'autoriser le débiteur qui ne remplit pas les obligations mises à sa charge par le président du tribunal de commerce à ne demander de nouveaux délais que s'il est vraiment dans l'incapacité de payer, et en l'obligeant à démontrer son insolvabilité dans les conditions précisées par notre projet.

ARTICLE 9. — Les lois en matière de société, de faillite et de liquidation judiciaire m'ont paru suffisantes pour les sociétés par actions et à responsabilité limitée.

Ce projet n'a pas la prétention de résoudre tout le problème de l'efficacité de la justice. Il n'est qu'une pierre de l'édifice.

C'est ainsi que la commission désire que soit étudiée la question de savoir comment on peut prendre des mesures rapides pour empêcher le débiteur de faire disparaître son patrimoine sans risquer de lui causer un préjudice irréparable en paralysant son activité.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	5

PREMIÈRE PARTIE

Contrôle des mesures d'exécution *lato sensu* antérieures à l'obtention d'un titre exécutoire.

CHAPITRE I. — *Contentieux des mesures conservatoires.*

I. Nécessité des mesures conservatoires. Rôle du contrôle judiciaire de celles-ci	23
II. Mesures conservatoires de la personne du débiteur éventuel	24
III. Mesures conservatoires sur les biens dans l'Ancien Droit français et dans quelques législations étrangères.....	28
IV. Saisies conservatoires en Droit français positif.....	31
V. Saisie-revendication	33
VI. Saisie-gagerie	34
VII. Saisie foraine	35
VII <i>bis</i> . Saisie des aéronefs.....	35
VIII. Saisie conservatoire commerciale.....	36
IX. Ordonnance de référé.....	37
X. Caractère commun aux ordonnances autorisant une mesure provisoire	41
XI. Saisie-arrêt	49
XII. Mesures conservatoires.....	51
XIII. Conclusion	55

CHAPITRE II. — *Contentieux de l'exécution provisoire.*

I. Exécution provisoire. Sa nécessité. Ses dangers.....	57
II. Caractère de la décision sur l'exécution provisoire.....	61
III. Indépendance juridique et rapports pratiques de la décision sur le fond et de l'exécution provisoire.....	65
IV. Mesures conservatoires prises en vertu de décisions frappées de recours et non exécutoires par provision.....	67

V. Cas d'exécution provisoire nonobstant opposition ou appel	70
VI. L'exécution provisoire devant les juges d'appel.....	73
VII. Exécution provisoire en justice de paix.....	75
VIII. Conclusion.....	75
<i>Conclusion de la Première Partie.....</i>	76

DEUXIÈME PARTIE

Contrôle de l'exécution des titres exécutoires.

CHAPITRE I. — *Contentieux répressif de l'exécution.*

I. Problème général de la répression de la carence frauduleuse du débiteur	85
II. Quelques institutions judiciaires étrangères.....	87
III. Contempt of Court.....	91
IV. Le Contempt of Court au Bas-Canada.....	96
V. Projet de Code italien de Procédure.....	98
VI. Droit français.....	99
VII. Constitutions judiciaires de sûretés.....	101
VIII. Conclusion	104

CHAPITRE II. — *Contrôle de l'exécution définitive sur les biens.*

I. Ce qu'apporte le titre exécutoire.....	106
II. L'action en déclaration exécutoire de l'ancien Droit français	109
III. Contentieux provisoire de l'exécution des titres exécutoires	120
§ 1. Difficultés tirées du fond du droit.....	122
§ 2. Difficultés sur la régularité de la procédure.....	125
§ 3. Difficultés sur l'opportunité de la procédure.....	126
A. Limitation de la portion saisissable du patrimoine	127
B. Octroi de délais de grâce au débiteur.....	128
C. Législation récente.....	131

<i>Conclusion de la Deuxième Partie et conclusion générale.....</i>	135
---	-----

BIBLIOGRAPHIE	142
---------------------	-----

ANNEXE	145
--------------	-----

2611. — Imprimerie Jouve et Cie, 15, rue Racine, Paris. — 12-1937
